OPERE DI POTHIER

X.

TRATTATO

DELLE

OBBLIGAZIONI.

TRATTATO

DELLE

OBBLIGAZIONI

SECONDO LE REGOLE TANTO DEL FORO
DELLA COSCIENZA
QUANTO DEL FORO ESTERIORE

DEL SIG. POTHIER.

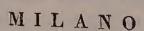
EDIZIONE

In cui sonosi indicati i cambiamenti fatti dal Codice civile

DAL SIG. BERNARDI

ex-legislatore, capo della divisione civile al ministero del Gran Giudice.

VOLUME II.

MILANO

Dalla Tipografia di FRANCESCO SONZOGNO DI GIO. BATT.
Stampatore e Librajo, *Corsìa de' Servi*, N. 596.
1809.

TRATTATO

DELLE

OBBLIGAZIONI.

CAPO IV.

Di alcune specie particolari di obbligazioni, considerate riguardo alle cose che ne formano l'oggetto.

Tra le divisioni delle obbligazioni riguardo alle cose che ne formano l'oggetto, da noi riportate *supra cap.* 1, §. 3, noi abbiamo detto, che vi sono delle obbligazioni di una cosa certa, come di un tale cavallo, e delle obbligazioni di una cosa incerta ed indeterminata di un certo genere, *puta*, quella di un cavallo indeterminatamente.

Abbiamo detto parimenti, che vi sono delle obbligazioni divisibili, e delle altre indivisibili. Noi tratteremo qui nella prima sezione del caso particolare d'obbligazioni di una cosa indeterminata di un certo genere; e nella seconda sezione, delle obbligazioni divisibili ed indivisibili.

SEZIONE PRIMA.

Delle obbligazioni di una cosa indeterminata di un certo genere.

283. Ciò che è assolutamente indermina-to non può essere l'oggetto di una obbligazione, *supra*, *n.* 132. Se io per esempio ho promesso di dare a voi qualche cosa, senza dir quale, non risulta da questa promessa obbligazione alcuna. Ma si può contrarre l'obbligazione indeterminata di un certo genere di cose, come quando si obbliga verso di qualcuno a dargli un cavallo, un letto fornito, un pajo di pistole, senza determinare qual cavallo, qual letto, quali pistole. L'individuo che forma l'oggetto di queste obbligazioni è indeterminato; ma

il genere da cui quest' individuo deve prendersi è certo e determinato: queste obbligazioni sono indeterminate *quoad individuum* benchè abbiamo *quoad genus* un oggetto determinato.

Queste obbligazioni sono più o meno indeterminate, secondo che il genere in cui la cosa deve prendersi è più o meno generale. Se per esempio qualcuno s'è obbligato a darmi un cavallo delle sue razze, l' obbligazione essendo ristretta a queste razze, è meno indeterminata di quello che lo sarebbe se si fosse obbligato semplicemente a darmi un cavallo.

In queste obbligazioni ciascuna delle cose comprese sotto al genere nel quale la cosa deve esser presa, è *in facultate solutionis*, purchè essa sia buona, legale e mercatabile; *sed non in obligatione*, poichè non avvi per verità alcun individuo che il debitore non possa pagare, ma non ve n'ha alcuno propriamente che possa essergli dimandato.

Esiste bensì una cosa di questo genere, la quale è dovuta, poichè l'obbligazione deve avere un oggetto; ma questa cosa non

è alcuno degl' individui *in concreto*; è una cosa di questo genere considerata *in abstracto* con un' idea trascendente, fatta astrazione dagli individui che compongono il genere; è una cosa incerta, indeterminata, la quale non si determinerà che col pagamento valido, che ne sarà fatto con uno degl' individui.

E' vero che questa cosa considerata in tal modo non sussiste che nell' intelletto; sintantochè non è stata determinata col pagamento: ma noi abbiamo veduto *supra*, che degli esseri intellettuali possono essere l' oggetto delle obbligazioni essendo esseri intellettuali le obbligazioni medesime.

Questa idea da noi data dopo Dumoulin, *Tract. de div. et indiv.*, *p.* 2, *quaest* 5, dell' oggetto delle obbligazioni di una cosa di un genere certo, sembra più naturale e più vera di quella di coloro, i quali pensano che queste obbligazioni abbiano per oggetto tutti gl' individui rinchiusi nel genere, in modo tale però, che ciascuno di tutti questi individui sia dovuto, *non quidem determinate*, ma sotto una specie di alternativa; sotto questa specie di condi-

zione, *si alia res ejus generis non solvatur.*

Da questo principio ne segue, 1.° che quando una cosa di un certo genere è dovuta indeterminatamente, il creditore non può domandare determinatamente qualcuna delle cose comprese nel genere; ma deve domandare in generale ed indeterminatamente una di queste cose.

Ne segue 2.° che la perdita delle cose di un tal genere, sopravveniente dopo l' obbligazione, non cade sul creditore, poichè le cose che periscono non sono quelle che a lui erano dovute; basta che ne resti qualcuna, perchè l' obbligazione sussista.

Osservate nulladimeno, che se il debitore, per liberarsi dalla sua obbligazione, avesse offerta al creditore una delle cose di questo genere buona, legale e mercatabile, ed avesse con un' interpellanza giudiziale costituito in mora il creditore a riceverla, la perdita che dopo accadesse di questa cosa dovrebbe cadere sul creditore, non dovendo il debitore soffrire per la mora del creditore, ed essendo il debito per l' of-

ferta, da indeterminato, divenuto determinato nella cosa offerta: l. 84, §. 3, ff. *de leg.* 1.°

284. Relativamente alle cose, che il debitore di una cosa di un certo genere può validamente offrire per liberarsi dalla sua obbligazione, osservate che abbisogna che esse siano buone e legali; l. 33, *in fine*, ff. *de solut.*; cioè, ch' esse non abbiano alcun notabile difetto. Per esempio, il debitore di un cavallo indeterminatamente non è ammissibile ad offrire un cavallo con un occhio solo, zoppo, scabbioso, bolso, ec., nè un cavallo d' un estrema vecchiezza. Del resto purchè la cosa non abbia alcun notabile difetto, e purchè egli ne possa trasferire le proprietà irrevocabile nel creditore, può dare quella cosa che vuole; l. 72, §. 5, ff. *de solut.* (*Cod. civ. art.* 1246).

285. Potrà il debitore dare una cosa, che non avrebbe potuto essere validamente promessa a quel creditore verso del quale l'obbligazione è stata contratta? Se io, per es., mi sono obbligato indeterminatamente a darvi un cavallo, posso liberarmi dalla mia obbligazione dandovi un cavallo, che al

tempo del contratto vi apparteneva, e che poi essendo stato da voi venduto, è pervenuto nelle mie mani? Dumoulin decide per l'affermativa: ed in ciò questa obbligazione differisce da quella colla quale io vi avessi promesso questo cavallo sotto l'alternativa di un'altra cosa; poichè in quest'ultimo caso, non avendo potuto sussistere la mia obbligazione riguardo ad una cosa che v'apparteneva, l'altra sola sarebbe stata a voi dovuta, ed essa sarebbe per conseguenza la sola ch'io potessi pagare. Ma nell'obbligazione d'un cavallo indeterminatamente, non essendo dovuto alcun individuo, ed i cavalli essendo tutti *in facultate solutionis*, piuttosto che *in obligatione*, basta che al tempo del pagamento, il cavallo da me dato a voi, per liberarmi dal mio debito, non v'appartenga più, ed appartenga a me, perchè io ve lo possa validamente dare in pagamento. Questo è ciò, che decide chiaramente Marcello nella legge 72, §. 4, ff. *de solut.*: *Ei qui hominem dari stipulatus est, unum etiam ex his qui tunc stipulatori servierunt dando, promissor liberatur.*

Bisogna ciò non ostante convenire, che

la legge 66, §. 3, ff. *de leg.* 2., la quale è di Papiniano, decide il contrario: *Quum duobus testamentis homo generatim legatur; qui solvente altero legatarii factus est, quamvis postea sit alienatus, ab altero haerede idem solvi non poterit, eademque ratio stipulationis est; hominis enim legatum; orationis compendio singulos homines continet; utque ab initio non consistit in his qui legatarii fuerunt, ita frustra solvitur cujus dominum postea legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desierit.*

Dumoulin, *Tract. de div. et indiv.*, *p.* 2, *n.* 102, secondo l'uso ch'egli ha di far servire le leggi alle sue decisioni, mette questa legge alla tortura. Egli dice, che la di lei decisione deve esser ristretta nel suo caso particolare di due legati di una cosa di un certo genere, fatti con due testamenti all'istessa persona, o di due promesse gratuite di una cosa di un certo genere, rivestite della formalità della stipulazione, o fatte da due donatori ad un'istessa persona; che per una ragione particolare in questo caso la stessa cosa ch'è stata pagata al legatario od al donatario in esecuzione del primo le-

gato o della prima donazione, non può più esser pagata in esecuzione dell' altro legato o dell' altra donazione, *ne scilicet videretur offendi jus regula: non possunt duae causae lucrativae in eadem re et in eadem persona concurrere*: ma che non si deve dedurre da questa legge la decisione generale, che in tutte le obbligazioni di una cosa di un certo genere, le cose di questo genere appartenenti, al tempo in cui l' obbligazione fu contratta, a quello verso di cui fu contratta, o che gli sono appartenute dopo, debbano riputarsi eccettuate da questa obbligazione, e non potersi per conseguenza pagare a lui, benchè non gli appartengano più. In fine egli dice, che in questa legge le parole, *hominis legatum, orationis compendio, singulos homines continet*, non significano che ciascuno di tutti gli schiavi del mondo sia *in obligatione legati*, sotto questa condizione, *si alius non solvatur*; ma significano soltanto, che tutti gli schiavi del mondo sono in *facultate solutionis*, e che il debito può essere soddisfatto ed eseguito *in singulis hominibus*. Questa interpretazione mi sembra contraria al senso naturale del

testo. Io amo meglio, riconoscendo una vera antinomia tra questa legge e la legge 72, come l'hanno riconosciuto Ant. Fabro e Bachovio, abbandonare la decisione di Papiniano, come quella ch'è fondata sul falso principio, che l'obbligazione di una cosa di un certo genere rinchiuda, *alternate et orationis compendio*, quella di tutti gl'individui, che ne sono suscettibili, e d'attenermi alla decisione di Marcello, nella legge 72, §. 4, qui sopra citata, per le già riportate ragioni. Cujaccio su di questa legge, ha preso un partito diametralmente opposto a quello di Dumoulin, poichè per conciliarla, e per far dire a Marcello, nella legge 72, *de solut.*, la cosa stessa detta da Papiniano nella legge 66, ff. *de leg.* 1.°, fa un cangiamento nel testo di questa legge 66; ma il fine del paragrafo dimostra la falsità di questa innovazione nel testo, che d'altronde è fatta senz'alcun fondamento.

286. Quando il debitore di una cosa di un certo genere, ha pagato una cosa che per errore credeva esser dovuta determinatamente, può ripeterla, offrendosi di darne un'altra, poichè non avendola data in

pagamento di una cosa di un certo genere, ma falsamente persuaso di doverla determinatamente, ha pagato ciò che non doveva, e per conseguenza *locus est condictioni indebiti*; leg. 32, §. 3, *de cond. indeb.*

Intorno all' indivisibilità del pagamento delle obbligazioni di un certo genere, vedete *infra*, *part.* 3, *cap.* 1, *art.* 9, § 3.

287. O sia l'obbligazione *generis generalissimi*, come quando si è qualcuno obbligato a dare un cavallo in generale; o sia l' obbligazione *generis subalterni*, *aut generis limitati*, come quando si è qualcuno obbligato a dare uno de' suoi cavalli, ha luogo tutto ciò che noi abbiamo detto fin'ora, purchè la convenzione non contenga clausola alcuna, la quale tolga la scelta al debitore.

Ma quando, per una clausola particolare della convenzione, la scelta è accordata al creditore, come allorchè qualcuno si è verso di me obbligato a darmi uno de' cani della sua muta a mia scelta, benchè allora la convenzione rinchiuda principalmente l'obbligazione pura e semplice d' un cane indeterminato, pure si può dire, che in

virtù della clausola che m' accorda la scelta, ciascuno de' cani della muta del debitore mi è dovuto sotto una specie di condizione, cioè nel caso ch' io lo scelga, poichè in virtù di questa clausola non ve n' ha alcuno ch' io non abbia diritto d' esigere. Perciò il debitore in questo caso è obbligato di tutti conservarli sintantochè io abbia fatta la mia scelta; egli non può disporne d' alcuno, sino ad un tal tempo, senza contravvenire alla sua obbligazione. *Arg. L.* 3, *ff Qui et a quib. man. Si indistincte homo sit legatus, non potest haeres, quosdam manumittendo, evertere jus eleccionis; nam quodammodo singuli sub conditione legati videntur.*

Non si può dire egualmente, quando la scelta spetta al debitore, che ciascun individuo è compreso nell' obbligazione, nel caso che il debitor scelga di dar quello piuttosto che un altro, poichè non è nella facoltà di pagare una cosa piuttosto che un' altra, ma nel diritto d' esigerla, che consiste l' obbligazione. Questa è la differenza che stabilisce Dumoulin, *tract. de div. et indiv. part.* 2, *n.* 112, 113, 114, tra il caso in

cui

cui la scelta è data al creditore; e quello in cui è data al debitore.

SEZIONE II.

Delle obbligazioni divisibili, e delle obbligazioni indivisibili.

ARTICOLO PRIMO.

Quali obbligazioni siano divisibili, e quali obbligazioni siano indivisibili.

§. I.

Cosa sia un' obbligazione divisibile, e cosa sia un' obbligazione indivisibile.

288. Un'obbligazione divisibile è quella, che può esser divisa: un' obbligazione indivisibile è quella, che non può esser divisa. Un' obbligazione non è però divisibile, benchè sia attualmente indivisa, poichè acciò sia divisibile, basta ch' essa *possa* dividersi. *Molin. tract. de div. et indiv. part.* 3, *n.* 7 *et seg.*

Quand' io solo, per esempio, ho contratta verso di voi l'obbligazione di pagarvi la somma di mille scudi, quest'obbligazione è indivisa; ma è divisibile, perchè può dividersi, e si dividerà in effetto tra i miei credi, s'io ne lascio più d'uno, e s'io muojo prima d'averla soddisfatta.

Egualmente l'obbligazione solidaria contratta da più persone, di pagare a qualcuno una somma di dieci scudi, non lascia d'essere un'obbligazione divisibile. L'effetto della solidarietà è, che non sia attualmente divisa tra i debitori solidarj; ma la loro obbligazione non lascia d'essere divisibile, perchè può dividersi, e si dividerà in effetto tra i loro eredi.

289. Bisogna vedere adesso quali sono le obbligazioni che possono dividersi, e quali sono quelle che non lo possono.

Un'obbligazione può dividersi, ed è divisibile quando la cosa dovuta, che ne forma la materia e l'oggetto, è suscettibile di divisione e di parti, nelle quali parti possa essere pagata; ed al contrario l'obbligazione è indivisibile, e non può dividersi quando la cosa dovuta non è suscettibile di di-

visione e di parti, e non può esser pagata che pel totale.

La divisione di cui qui si parla non è la divisione fisica, la quale consiste *in solutione continuitatis*, come è quella di una tavola che si seghi in due, ma è una divisione civile, e propria del commercio delle cose.

Vi sono due specie di divisioni civili; l'una che si fa in parti reali e divise, l'altra che si fa in parti intellettuali ed indivise. Quando si divide un jugero di terra in due, piantandovi un limite in mezzo, si fa una divisione della prima specie: imperciocchè le parti di questo jugero che sono separate l'una dall'altra dal limite, sono parti reali e divise.

Quando un uomo che era proprietario di questo jugero di terra, o di qualch'altra cosa, muore, e lascia due eredi, i quali rimangono proprietarj ciascuno per una metà indivisa, si fa una divisione della seconda specie: imperocchè le parti risultanti da questa divisione, ed appartenenti a ciascuno degli eredi, sono parti indivise che non sono reali, e che non sussistono che *in jure et intellectu*.

Le cose che non sono suscettibili della prima specie di divisione non lasciano di esserlo della seconda. Un cavallo, per esempio, un piatto d'argento non sono suscettibili della prima specie di divisione, poichè queste cose senza la distruzione della loro sostanza, non sono suscettibili di parti reali e divise: ma sono suscettibili della seconda specie di divisione, perchè queste cose possono appartenere a più persone per una parte indivisa.

Basta che una cosa sia suscettibile di questa seconda specie di divisione, sebbene non lo sia della prima, perchè l'obbligazione di darla sia un'obbligazione divisibile. Questo è quello che risulta dalla legge 9, §. 1, ff. *de solut.* ove si dice: *Qui stichum debet, parte stichi data, in reliquam partem tenetur.* Secondo questo testo, l'obbligazione di dare lo schiavo Stico è divisibile, perchè può, almeno col consenso del debitore, soddisfarsi per parti, sebbene questo schiavo non sia suscettibile della prima specie di divisione; *Molin. ibid. p.* 1, *n.* 5, *p.* 2, *n.* 200, *e* 201.

Le cose indivisibili sono quelle che non

sono suscettibili nè di parti reali, nè di parti intellettuali: come sono la maggior parte dei diritti di servitù prediale, *quae pro parte acquiri non possunt.*

L' obbligazione di dare una cosa di questa natura è un' obbligazione indivisibile: *Molin. p.* 2, *n.* 201.

290. L'istessa regola che noi abbiamo esposta per giudicare se le obbligazioni *in dando* sono divisibili od indivisibili, deve servire parimenti riguardo alle obbligazioni *in faciendo vel in non faciendo.* Molti dottori avevano pensato, che queste obbligazioni fossero indivisibili indistintamente; ma Dumoulin *ibid. p.* 2, *n.* 203 *e seg* ha dimostrato ch' esse sono divisibili al pari delle obbligazioni *in dando*, purchè il fatto che n' è l'oggetto non sia di natura tale da non potersi soddisfare per parti, come sarebbe quando io mi fossi obbligato a fabbricare una casa ec. Ma se il fatto ch' è l'oggetto dell' obbligazione può essere soddisfatto per parti, come sarebbe quando io mi fossi obbligato a farvi possedere una cosa che può essere posseduta per parti, l' obbligazione sarà divisibile. Questa è la quinta delle chiavi di

Dumoulin: *Omnis obbligatio etiam facti dividua est, nisi quatenus de contrario apparet.* Molin. *ibid. et p.* 3, *n.* 112.

Parimenti l'obbligazione *in non faciendo* sarà divisibile, quando quello che io mi sono obbligato di non fare potesse farsi per una parte, e non farsi per l'altra: tale è l'obbligazione *amplius non agi ad aliquid dividuum* come, per esempio, se io mi sono obbligato verso di voi a non inquietare il possesso di uno stabile che voi dovete garantire, questa è un'obbligazione *in non faciendo* divisibile, poichè può essere soddisfatta in parte. Io posso infatti contravvenirvi in parte rivendicando una porzione soltanto di questo stabile, ed in parte soddisfarvi astenendomi dal rivendicare l'altra porzione.

291. Osservate essere la cosa istessa o il fatto istesso formante l'oggetto dell'obbligazione che si deve considerare per decidere se l'obbligazione è divisibile od indivisibile, e non l'utilità che perviene al creditore dall'obbligazione contratta a suo profitto, nè il detrimento, *onus et diminutio patrimonii*, che ne risulta pel debitore; al-

trimenti non vi sarebbe più obbligazione alcuna la quale non fosse divisibile. E' perciò, che se, per esempio, i due proprietarj di una casa si sono obbligati verso i due proprietarj di una casa vicina ad imporre sulla loro una servitù utile a quella dei vicini, questa obbligazione è indivisibile; poichè il diritto di servitù che ne forma l'oggetto è qualche cosa d'indivisibile, benchè l'utilità che ne risulta a ciascuno di quelli verso dei quali è stata contratta, ed il detrimento che ne soffrono quelli che l'hanno contratta si valutino in una somma, la quale è divisibile. Questo è quello che insegna Dumoulin, *ibid. p.* 2, *n.* 199: *Cum hic effectus*, dice egli, *fit quid remotum et separatum a substantia obligationis et rei debitae, non dicitur obligatio dividua vel individua, penes effectum, sed secundum se et secundum naturam rei immediate in eam deductae.*

§. II.

Delle diverse specie d'indivisibilità.

292. Dumoulin, *ibid. p.* 3, *n.* 57 *et seq. et n.* 75, distingue benissimo tre specie d'indivisibilità; quella cioè che è assoluta e che si chiama *individuum contractu*; quella che si chiama indivisibilità d'obbligazione, *individuum obligatione*; e quella che si chiama indivisibilità di pagamento, *individuum solutione*.

L'indivisibilià assoluta che Dumoulin chiama *individuum contractu* è quando una cosa non è per se stessa suscettibile di parti in modo tale, che non potrebbe essere in parte nè stipulata, nè promessa: tali sono i diritti di servitù reale, come per esempio un diritto di passaggio. Egli è infatti impossibile il concepire delle parti in un diritto di passaggio; e per conseguenza questa sorta di cose non si potrebbero nè promettere, nè stipulare per parti.

293. La seconda indivisibilità è quella che Dumoulin chiama *individuum obligatione*.

Tutto ciò che è *individuum contractu*, lo è *obligatione;* ma vi sono certe cose le quali, benchè potessero essere assolutamente stipulate o permesse in parte, e benchè non siano in conseguenza *individuae contractu*, nulladimeno pel modo in cui furono considerate dalle parti contraenti, sono qualche cosa d'indivisibile, e che non può in conseguenza esser dovuto in parte.

Si può addurre per esempio di questa indivisibilità, l'obbligazione della costruzione di una casa o di un batello. Questa obbligazione non è indivisibile *contractu*, poichè non è impossibile ch'essa sia contratta per una parte soltanto; io posso diffatti convenire con un muratore, ch'egli mi costruirà una parte della casa, ch'io ho in idea di far fabbricare, *puta*, ch'egli vi innalzerà i muri sino al primo piano. Ma sebbene la costruzione di una casa non sia indivisibile *contractu*, è ordinariamente indivisibile *obligatione*, poichè quando qualcuno contratta con un architetto acciò questi gli fabbrichi una casa, la costruzione della casa, che forma l'oggetto dell'obbligazione, nel modo in cui è stata conside-

rata dalle parti contraenti, è qualche cosa d'indivisibile, *et quod nullam recipit partium praestationem.* Egli è vero, che questa costruzione non può farsi che per parti, e successivamente; ma non è il fatto passaggero della costruzione che forma l'oggetto dell'obbligazione; è l'opera istessa consumata, è *domus construenda.* Non potendo adunque esservi casa quando questa non sia stata intieramente costrutta, non potendo risultare la forma e la qualità di casa che dalla consumazione dell'opera, e non potendo esservi parti di ciò che ancora non esiste, ne segue che l'obbligazione di costruire una casa può adempirsi soltanto coll'intiera costruzione della casa istessa, e conseguentemente che quest'obbligazione non è suscettibile di parti, e non può in parte adempirsi. Ciò è quello che vuol dire il giureconsulto nella legge 80, §. 1 ff. *ad leg. falcid.*, in cui per provare che l'obbligazione di costruire un teatro o de' bagni è indivisibile, riporta questa ragione: *Neque enim ullum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam quae ex consummatione contingit, non dederit.*

Per la stessa ragione è detto nella legge 85, §. 2, ff. *de verb. oblig.*, che l'obbligazione di una costruzione di un' opera è indivisibile: *singuli haeredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest. Opus*, dice Dumoulin, *fit pro parte realiter et naturaliter: sed si illud opus fieri referas ad effectum et praestationem ejus quod debetur, tunc verum non erit per partes fieri, quia parte fabricae facta, non est debitor liberatus in ea parte: simplex enim fabricatio et operatio transiens non debetur, sed opus effectum, cujus pars non est fabricae pars, cum nullae sint partes domus quae nondum est; nec sum stipulatus fabricam, sed fieri domum, id est tale opus, sub tali forma consummatum, quod ante perfectionem non subsistit, nec ullas actu partes habet.* Molin. *Tract. de divid. et individ. p.* 3, *n.* 76. Si può qui riportare anche la legge 5, ff. *de verb. signif.* la quale dice, che *opere locato conducto significari non, id est operationem, sed, id est ex opere facto corpus aliquod factum.*

Certe circostanze colle quali è contratta

l'obbligazione di una cosa, possono parimenti renderla indivisibile, benchè la cosa in se stessa e separata da queste circostanze, sia più che divisibile. Tale è l' obbligazione ch'io contraessi verso qualcuno di fornirgli uno spazio di terra per costruirvi un torchio, ch'egli intende di collocarvi; imperciocchè sebbene lo spazio di terra da me promesso sia qualche cosa di divisibile in se stesso, nulladimeno essendo dovuto non come uno spazio di terra *simpliciter*, ma come uno spazio di terra destinato a situarvi un torchio, diviene sotto questo punto di vista qualche cosa d' indivisibile; infatti non si può nulla levargli, senza che egli cessi d' essere uno spazio proprio a situarvi un torchio, e senza cessare per conseguenza d' essere la cosa formante l'oggetto dell' obbligazione, *Molin. p.* 2, *n.* 314.

294. In breve, l'obbligazione indivisibile *natura et contractu* è quella, che in se stessa, per la sua natura, e considerata in qualunque caso, non è suscettibile di parti: l' obbligazione indivisibile *obligatione* è quella di una cosa, che considerata sotto al rapporto in cui forma l' oggetto dell' obbligazione, non è suscettibile di parti.

295. Avvi una terza specie d'indivisibilità, che si chiama *individuum solutione tantum*. Questa concerne il solo pagamento dell'obbligazione e non l'obbligazione istessa, ed ha luogo quando la cosa dovuta è per se stessa divisibile e suscettibile di parti, e può esser dovuta per parti, o ai diversi eredi del creditore, o da' diversi eredi del debitore, ma non può essere pagata per parti.

Noi riporteremo varj esempj di questa specie d'indivisibilità nell'articolo seguente, ove tratteremo della natura e degli effetti delle obbligazioni divisibili, alla classe delle quali appartengono propriamente le obbligazioni, in cui si riscontra questa specie d'indivisibililà, poichè essa non concerne l'obbligazione. La legge 2, §. 1, ff. *de verb. oblig.* però ne fa una terza specie media tra le obbligazioni divisibili e le indivisibili.

§. III.

Varj casi particolari d'obbligazioni, che si domanda se siano divisibili od indivisibili.

Dell' obbligazione di consegnare un pezzo di terra.

296. L'obbligazione di consegnare un pezzo di terra, *fundum tradi*, è un'obbligazion divisibile, perchè questa tradizione può farsi per parti, potendosi infatti consegnare una parte soltanto di questo pezzo di terra. Il fatto formante l' oggetto di una tale obbligazione essendo dunque divisibile, non si può dubitare, secondo i principj da noi stabiliti, che questa obbligazione non sia divisibile. La nostra decisione è confermata dai testi di diritto; poichè sebbene l'obbligazione d'un *comodatario* sia l' obbligazione di restituire una cosa, *obligatio rem tradi*, nulladimeno la legge 3, §. 3, ff. *commod.*, decide che gli eredi ne sono regolarmente tenuti per quella parte sol-

tanto in cui sono eredi; il che appunto è il carattere delle obbligazioni divisibili: *Haeres ejus qui commodatum accepit, pro ea parte qua haeres est, convenitur.* E' vero, che questa obbligazione del *comodatario*, benchè divisibile *quoad obligationem*, è indivisibile almeno *quoad solutionem*: ma si possono facilmente addurre degli esempj di obbligazioni *tradi rem fundum tradi*, le quali siano divisibili anche *quoad solutionem*: tale è quella addotta da Dumoulin, *p.* 2, *n.* 305. Io transigo col mio avversario, sulla domanda in rivendicazione di un certo stabile, che aveva spiegata contro di me, e m'obbligo con questa transazione a rilasciarglielo senz' alcuna garanzia per mia parte. Questa obbligazione, la quale è un' obbligazione *fundum tradi*, è divisibile anche *quoad solutionem*; e se io muojo prima d' averne fatta la tradizione, lasciando quattro eredi, ciascuno di questi si libera da una tale obbligazione abbandonando lo stabile per quella parte, nella quale è a me succeduto.

La legge 72, ff. *de verb. oblig.* sembra nulladimeno diametralmente opposta alla nostra decisione, poichè l' obbligazione *fun-*

dum tradi vi è riportata in termini formali, come un esempio d' obbligazione indivisibile, insieme alle obbligazioni *fossam fodiri*, *insulam fabricari*, *vel si quid simile*, le quali sono indivisibili, *tam obligatione quam solutione*.

Dumoulin, *p.* 2, *n.* 278, *ad n.* 359, dopo aver riportato diciassette diverse opinioni di dottori per la conciliazione di questa legge, riporta la sua, alla quale è d'uopo attenersi. Egli pensa con ragione, che questo esempio d' obbligazione *fundum tradi*, non deve intendersi indistintamente d' ogni obbligazione colla quale uno si obblighi a consegnare un pezzo di terra, ma solamente dell' obbligazione, colla quale uno s' obbliga di consegnare un pezzo di terra, con delle circostanze tali, che rendano indivisibile l' obbligazione; come se per esempio, volendo fabbricar la mia casa, e non avendo recinto alcuno in cui porre i materiali necessarj ch' io voglio far venire a quest' effetto, convengo col mio vicino ch' egli m'accorderà l' uso di un pezzo di terra che ha presso della mia casa onde servirmene per recinto : questa è un' obbligazione *fundum tradi*

tradi, *non simpliciter*, *sed ad certum usum finemque principaliter consideratum in contrahendo*: e questo fine rende indivisibile una tale obbligazione *fundum tradi*, poichè un' obbligazione è indivisibile quando ciò che ne forma l'oggetto non è suscettibile di prestazione particolare, *cum id jus quod in obligationem deductum est*, *non nisi in solidum praestari potest*; ciò che si riscontra nel caso proposto, in cui il pezzo di terra dovendo essermi fornito acciò mi serva di recinto, non può essermi fornito che pel totale, poichè una parte, la quale non fosse grande abbastanza per riporvi i miei materiali, non potrebbe servire al mio fine. Dumoulin ne riporta degli altri esempj, 312, 313, 314, 315,

Dell' obbligazione del lavoro di una giornata.

297. L'obbligazione di una giornata è indivisibile, nello stesso modo che lo è l'obbligazione di costruire una casa, poichè sebbene il servizio d'una giornata non sia in se stesso qualche cosa d'indivisibile, pure se ne contrae l'obbligazione come di una cosa indivisibile, e che non può soddisfarsi per parti: è perciò che Ulpiano dice: *Nec*

promitti, nec solvi, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera. L. 15, ff. *de oper. libert.*

Parimenti Pomponio nella legge 3, §. 1, ff. *de oper. libert.* decide, che il servizio di una giornata non può soddisfarsi per parti con quello di un certo numero d'ore; e che in conseguenza il debitore di una giornata il quale avesse lavorato sino al mezzodì, e dopo si fosse ritirato, non avrebbe in alcun modo soddisfatto alla sua obbligazione, e rimarrebbe debitore della intiera giornata: *Non pars operae per horas solvi potest, quia id est officii diurni; neque ei liberto, qui sex horis duntaxat meridianis praesto fuisset, liberatio ejus diei contigit.* Ma dopo ch'egli avesse prestata la giornata della quale rimane debitore potrebbe dimandare il prezzo della mezza giornata che non doveva.

Inoltre Dumoulin, *p.* 2, *n.* 355 *et seq.* rimarca benissimo che questa indivisibilità dell'obbligazione di una giornata, è un' indivisibilità d'*obbligazione* soltanto, e non un'indivisibilità assoluta, od una indivisibilità *contractu*, poichè niente impedisce di poter contrarre l'obbligazione di una parte

di giornata, come per esempio d' una mezza giornata. E' vero che la legge 15, §. 1, *de oper. libert.*, dice: *Nec promitti pro parte opera potest*: ma questa è una pura sottigliezza. Il giureconsulto prende *opera* per *officium diurnum*, secondo la definizione della legge 1, ff. *d. tit.* ch' egli riguarda, secondo una tale idea, come indivisibile; imperciocchè se voi lo dividete non è più *officium diurnum*, ma è *officium horarium*.

Dell' obbligazione di fare qualche opera.

298. Noi intendiamo quì per opera, *effectio transiens in opus specificum permanes*, secondo l' espressione di Dumoulin, *p.* 2, *n.* 362, ed abbiamo già veduto di sopra, *n.* 293, che l' obbligazione di fare un' opera presa in questo senso, com' è l' obbligazione di costruire una casa, di fare una statua, un quadro, è un' obbligazione indivisibile, non di quella indivisibilità assoluta che noi abbiamo chiamata con Dumoulin indivisibilità *contractu*, ma di semplice indivisibilità d'*obbligazione*.

Dell'obbligazione di dare una certa somma legata per la costruzione di un ospitale, o per qualche altro fine.

299. L'obbligazione che risulta da questo legato è divisibile, poichè è l'obbligazione di dare una somma di denaro. Ciò ch'è aggiunto nel testamento, *per fabbricare un ospitale*, esprime soltanto il motivo che ha indotto il testatore a fare il legato; questa è *ratio legandi*: ma un tal motivo non essendo unito alla disposizione, *ratio legandi non cohaeret legato*, *leg.* 72, §. 6, *ff. de cond. et dem.*, non può per conseguenza influire sulla natura del legato nè sull'obbligazione che ne risulta.

Che se il testatore avesse incaricato il suo erede di fabbricare un'ospitale in una certa città, e d'impiegarvi una certa somma di danaro, l'obbligazione avendo per oggetto la costruzione dell'ospitale sarebbe indivisibile. E' a quest' ultimo caso che deve applicarsi la legge 11, §. 23, ff. *de leg.* 3.° *Vedete* Dumoulin, *p.* 2, *n.* 268 *et seq.*

ARTICOLO II.

Della natura e degli effetti delle obbligazioni divisibili.

§. I.

Principj generali.

300. Un'obbligazione è chiamata *divisibile*, come noi abbiamo già rimarcato, non perchè essa sia attualmente divisa, ma perchè può dividersi. Perciò, qualunque obbligazione, per quanto sia divisibile la cosa dovuta, prima d'essere stata divisa è indivisa, e non può essere soddisfatta per parti, come noi lo vedremo *infra*, *part.* 3, *cap.* 1, *art.* 3, §. 12. (*Cod. civ. art.* 1217 e 1218). La solidarietà stipulata non dà all' obbligazione il carattere d'indivisibilità; (*ibid. art.* 1219.)

Bisogna dunque guardarsi bene di non confondere l'obbligazione indivisa coll'indivisibile. Questa è la prima delle chiavi di Dumoulin. *Tract. de div. et indiv. p.* 3, *n.* 7, *et seq. n.* 112.

La divisione dell' obbligazione si fa o dal lato del debitore, o dal lato del creditore, o qualche volta dall' uno e dall' altro lato insieme. L' obbligazione si divide dal lato del creditore, quand' egli lascia più eredi. Ciascuno di questi è creditore solamente della sua parte, dal che ne segue che può esigere il credito e rilasciare quitanza soltanto per questa sua parte, quand' egli non avesse una procura de' suoi coeredi per ricever la loro. Da ciò ne segue egualmente, che il debitore può pagare separatamente a ciascuno di questi eredi la porzione loro dovuta.

L' obbligazione si divide parimenti dal lato del debitore quand' egli lascia più eredi: ciascuno di questi è tenuto al debito soltanto per la sua parte, ed ordinariamente ciascuno degli eredi può obbligare il creditore a ricevere il debito per questa parte.

§. II.

Modificazione del primo effetto della divisione dell'obbligazione dal lato del debitore.

301. Il principio da noi stabilito, che nelle obbligazioni divisibili ciascun erede del debitore è tenuto al debito soltanto per quella parte nella quale egli è erede; soffre varie eccezioni e modificazioni.

La prima riguarda i debiti ipotecarj. In tale caso quando gli eredi del debitore sono possessori d' immobili ipotecati per un debito, sebbene questo si divida tra di essi, e sebbene per conseguenza siano tenuti soltanto per la parte in cui sono eredi all' azione personale che risulta dall' obbligazione del defunto; pure essi possono essere convenuti ipotecariamente pel totale di questo debito, come possessori di beni che vi sono ipotecati. (*Cod. civ. art.* 873, 1221.) Vedete ciò che noi abbiamo detto a questo proposito nella nostra *introduzione al titolo* 20 *dello statuto d' Orleans*; *cap.* 1, *sez.* 3.

302. La seconda riguarda i debiti di un corpo certo, che il defunto abbia lasciato nella sua eredità. (*Cod. civ. art. ibid.*) Quando il defunto ha lasciati più eredi, non sono tutti tenuti al debito di questo corpo certo, ma ne sono tenuti soltanto que' soli eredi o legatarj del di cui patrimonio fa parte. La ragione si è, che il defunto istesso, se attualmente vivesse, ne sarebbe tenuto solamente in quanto lo possedesse ancora, od avesse cessato di possederlo per suo fatto o negligenza. I suoi eredi adunque, del patrimonio de' quali non fa parte il corpo certo, e che non l'hanno giammai per conseguenza posseduto, nè cessato di possedere, non possono esser tenuti al debito di questo corpo certo, potendovi essere tenuti soltanto come il defunto che rappresentano: i soli eredi di quel patrimonio in cui si trova questo corpo certo, possono esservi tenuti.

Ma se per la divisione tra gli eredi di un tal patrimonio, questo corpo certo dovuto dal defunto a qualcuno, fosse compreso nella parte spettante ad uno d'essi, gli altri non sarebbero per ciò liberati dal

debito, quand'anche avessero incaricato colui, nella di cui porzione il corpo certo fu compreso, del pagamento del debito allorchè divenisse esigibile: imperciocchè essendo stati una volta tenuti a questo debito, non hanno potuto col loro fatto, comprendendo questo corpo certo nella massa dei beni che hanno fra di loro divisa, liberarsi dall'obbligazione di consegnarlo al creditore.

303. La terza modificazione concerne pure i debiti di un corpo certo (*Cod. civ. art.* 1221.). Sebbene infatti il debito d'un corpo certo divisibile si divida tra gli eredi del debitore i quali succedono nei beni di cui egli fa parte; e che anche dopo la divisione per la quale questo corpo certo fosse entrato nella porzione di uno d'essi, ciascuno degli eredi continui ad esserne debitore per la sua parte, come noi abbiamo veduto qui sopra; nulladimeno quello nella di cui porzione è caduto può essere convenuto e condannato al pagamento del totale verso il creditore, purchè la sentenza sia resa in concorso de'suoi coeredi, od in mancanza contro di essi, s'egli nella divisione non fu incaricato di questo debito.

La ragione data da Dumoulin si è, che sebbene l'azione nata dal debito sia divisa contro ciascuno degli eredi del debitore, nulladimeno l'esecuzione di quest'azione dovendo farsi pel totale su di quello tra di essi che per la divisione ne è divenuto il solo possessore, ne segue ch'egli può essere condannato a consegnare questa cosa pel totale; *quia quamvis actio mere sit personalis, tamen executio judicati in rem scripta est, et divisio non debet impedire vim futuri judicii nec executionem in rem et in ejus possessorem salvo contra haeredes recursu*; Molin. p. 2, n. 84. (*Cod. civ. art.* 1221.)

Questa decisione ha luogo quando l'erede del debitore, in questa sua qualità, e per la divisione della successione, si trova possedere per intiero la cosa devuta. La cosa sarebbe altrimenti se la possedesse in testa propria: in questo caso non ne sarebbe debitore, e non potrebbe essere condannato a pagarla, che per quella parte in cui è erede. Si può trarre argomento dalla legge 86, §. 3, ff. *de leg.* 1. *Si fundus ab omnibus haeredibus legatus sit, qui unius*

haeredis esset; is cujus fundus esset, non amplius quam partem suam praestabit, coeteri in reliquas partes tenebuntur.

Noi abbiamo veduto, che allorquando l' erede del debitore di un corpo certo, in questa sua qualità, si trova in possesso pel totale della cosa, può essere condannato alla prestazione del totale, purchè la sentenza sia resa in concorso de' suoi coeredi, secondo l'insegnamento di Dumoulin *ibid. n.* 84. Ma quest' autore va ancora più lungi, *ibid. p.* 3, *n.* 242, poichè decide, che l'erede può esservi condannato, anche senza che i suoi coeredi siano stati chiamati in causa, quand'è evidente, ch' essi non potrebbero avere alcun mezzo di difesa. Questo è quello, ch' egli decide nel caso di un venditore, il quale avendo venduto una cosa da consegnarsi entro ad un mese ed avendone ricevuto il prezzo fosse morto durante questo termine, lasciando più eredi: egli decide, che essendo costanti la vendita ed il pagamento del prezzo, quello degli eredi presso al quale la cosa si trova deve, dopo lo spirare del termine, essere condannato a consegnarla, senza che sia ammesso a chiamare in causa i suoi coeredi.

304. La quarta modificazione ha luogo; quando il debito consiste nella semplice restituzione di una cosa, della quale il creditore è proprietario, ed il debitore non ne aveva che la semplice ritenzione (*Cod. civ. art.* 1221.). Sebbene infatti la cosa sia divisibile, e che in conseguenza lo sia anche il debito, nulladimeno quello fra gli eredi del debitore presso al quale è la cosa, è tenuto pel totale a questa restituzione. Se per esempio si è a voi prestata o data in deposito una biblioteca, benchè questo debito sia divisibile, quello tra i vostri eredi presso al quale si troverà, sarà tenuto pel totale alla restituzione della biblioteca: *Haeres ejus qui commodatum accepit, pro ea parte qua haeres est, convenitur, nisi forte habuit totius rei facultatem restituendae, nec faciat; tunc enim condemnatur in solidum, quia hoc boni judicis arbitrio conveniat;* leg. 5, §. 3, ff. *commod.*

La ragione si è, che questo erede il quale ha presso di lui la cosa intiera, avendo la facoltà di restituirla senza bisogno d'attendere il consenso de' suoi coeredi i quali non hanno alcun diritto in que-

sta cosa, ed ai quali non potrebbe che riuscir vantaggiosa la restituzione ch'egli ne facesse, giacchè gli esenterebbe dall' obbligazione in cui si trovano di fare una tale restituzione; la buona fede non permette che questa restituzione sia da lui rifiutata. Questo è quello che insinua il giureconsulto colle parole, *quia hoc boni judicis arbitrio conveniat.* Se quest' erede è tenuto soltanto per la sua parte ereditaria, *ex prima et primitiva obligatione depositi aut commodati, quae dividua est*, è tenuto pel totale a questa restituzione ch'è in suo potere, *ex obligatione accessoria praestandi bonam fidem*, l' obbligazione della buona fede essendo indivisibile: *neque enim bona fides potest praestari pro parte.* Questa è pure una delle chiavi di Dumoulin: *Lex* 12 *tabularum*, dic' egli, *non dividit obligationes, etiam dividuas, quatenus respiciunt bonam fidem; unde obligatio, etiam dividua, ad officium bonae fidei obligat in solidum, concurrente facultate praestandi, et quatenus concurrit, et quandocumque hoc contigerit.* Molin. *p.* 3, *n.* 112.

305. Una quinta modificazione si è, che

quello tra gli eredi pel fatto, o per la negligenza del quale la cosa è perita, è tenuto al totale del debito. La ragione si deduce dal principio di Dumoulin, che l' obbligazione principale *rem dividuam dandi*, è per verità divisibile; ma è indivisibile l'obbligazione accessoria *praestandi bonam fidem et diligentiam*, che v'è annessa. Ciascuno degli eredi a questo riguardo è tenuto *in solidum nec enim pro parte diligentia praestari potest*: dal che ne segue dover essere tenuto pel totale quello degli eredi che ha mancato, e pel fatto o la mancanza del quale la cosa è perita. Secondo questi principj, se qualcuno s'è obbligato verso di me a lasciarmi godere d'uno stabile, o facendomi un affitto, o vendendomene il diritto d'usufrutto, e che dopo abbia lasciato quattro eredi; se uno di questi, senz' avere alcun diritto in testa propria su di un tale stabile, me ne turba ingiustamente l'intiero godimento, sarà tenuto pel totale de' miei danni ed interessi, e non solamente per la parte in cui è erede. Sebbene diffatti l'obbligazione principale di farmi godere lo stabile sia divisibile, l'obbligazione accessoria *prae-*

standi bonam fidem, la quale obbliga a non apportarmi molestia alcuna, è indivisibile, e passa in conseguenza a ciascun degli eredi pel totale; e deve perciò esser tenuto pel totale ai danni ed interessi l'erede che vi contravviene.

Da ciò ne deriva questa massima che un erede non può essere per verità convenuto, per un debito divisibile, se non in quanto alla parte di cui egli è erede, quando è convenuto nella sola sua qualità d'erede, e pel fatto del defunto; ma egli può essere convenuto pel totale, quando lo è pel fatto suo proprio: *Multum refert unum haeredum debitoris teneri secundaria obligatione ut haeredem tantum, id est ex facto vel non facto defuncti tantum; an vero ut ipsum id est ex suo facto proprio vel non facto*: Molin. *p.* 3, *n.* 5.

306. Riguardo agli altri eredi, che non sono concorsi con alcun fatto o negligenza dal canto loro alla perdita della cosa dovuta, essi rimangono liberati, poichè questi eredi sono tenuti al debito, come vi sarebbe tenuto il defunto. Il defunto sarebbe rimasto liberato per la perdita della cosa

accaduta senza sua colpa; deve adunque rimaner liberato egualmente l'erede per la perdita della cosa avvenuta senza colpa del defunto, e senza colpa sua propria. L'erede infatti è bensì tenuto pei fatti del defunto, poichè succede nelle di lui obbligazioni; ma non è tenuto pel fatto de' suoi coeredi. Questo è quello ch'è deciso dalle leggi 9 e 10, ff. *depos. In depositi actione, si de facto defuncti agatur, adversus unum ex pluribus haeredibus pro parte haereditaria agere debeo; si vero ex suo delicto pro parte non ago; merito, quia aestimatio refertur ad dolum quem in solidum ipse admisit, nec adversus cohaeredes qui dolo carent, actio competit.* Paolo decide la stessa cosa pel comodato; l. 17, §. 2. *Commod.* Molin. *p.* 3, *n.* 439 *et* 440.

Se si fosse stipulata una pena nel caso in cui la cosa non venisse restituita, benchè essa perisse per colpa d'uno de' coeredi, e senza fatto o negligenza degli altri, questi non lasciarebbero d'essere tenuti alla pena ciascuno per la sua parte; poichè l'obbligazione di pagare la somma convenuta per la pena è una seconda obbligazione condi-

zionale

zionale contratta dal defunto; essa ha cioè per condizione l'inesecuzione della prima. Gli eredi del defunto sono succeduti, ciascuno in quanto alla parte in cui è erede, in questa seconda obbligazione sotto la condizione istessa: essi sono adunque tenuti, ciascuno per la sua parte ereditaria, a pagare questa somma nel caso della verificazione della condizione, cioè nel caso in cui la prima obbligazione non sia eseguita, o pel fatto o la negligenza del defunto, o per quella di qualche suo erede; salvo però il loro regresso contro il coerede pel di cui fatto la cosa fosse perita. Questo è quello che insegna Dumoulin, il quale dice, che i coeredi di colui pel di cui fatto la cosa è perita, sono tenuti in questo caso alla pena, *non immediate ex facto et culpa dolosi, sed ejus occasione et tanquam ex eventu conditionis, ex obligatione defuncti quae in eos sub ea conditione descendit*; Molin., *d. n.* 440.

E' di questo caso, che Paolo intende di parlare nella legge 44, §. 5, ff. *Fam. ercisc.* quando dice: *Si reliqui propter factum unius teneri caeperint, tanquam conditio*

stipulationis haereditariae extiterit, habebunt familiae erciscundae judicium cum eo propter quem commissa sit stipulatio.

Osservate però, che acciò la contravvenzione di un erede ricada sugli altri, bisogna che vi sia una seconda convenzione espressa, colla quale il defunto si sia obbligato al pagamento di una certa pena nel caso d'inesecuzione dell' obbligazione principale, o colla quale egli si sia obbligato ai danni ed interessi nel caso di contravvenzione dal lato suo *o dei suoi eredi.* Ma non basta a quest' oggetto, che sia detto in fine dell' atto, che tutte le parti si sono obbligate a tutto il contenuto nell' atto istesso sotto pena delle spese, danni ed interessi; poichè questa clausola non contiene una seconda obbligazione: *Haec clausula nihil novi addit, cum sit ex stylo communi ad confirmandum tantum, secundum materiam subjectam, et ejus limites; ibid.* 442.

Si opporrà forse contro la distinzione di Dumoulin, che in tutte le convenzioni contenenti un' obbligazione principale, si deve sottointendere sempre una seconda convenzione tacita accessoria alla prima, colla

quale il debitore s'obbliga ai danni ed interessi in caso di contravvenzione sua o de' suoi eredi all'obbligazione principale; e che questa seconda convenzione tacita deve avere il medesimo effetto come se fosse espressa. Ad una tale obbiezione si risponde esser falso, che si debba supporre questa seconda convenzione, quando non sia espressa. Se il debitore contravvenendo alla sua obbligazione principale, è tenuto ai danni ed interessi risultanti dalla contravvenzione, non è in virtù d'alcuna seconda convenzione che debba supporsi, e colla quale si sia obbligato a questi danni ed interessi; ma è unicamente perchè l'obbligazione ai danni ed interessi è rinchiusa nell'obbligazione principale, la quale *ex propria natura* si converte contro al contravventore in un'obbligazione ai danni ed interessi. Ma in questo caso essendo uno degli eredi del debitore il quale contravviene all'obbligazione, gli altri eredi che non vi hanno contravvenuto, non sono tenuti in alcun modo ai danni ed interessi; essendo bensì questi eredi tenuti ai fatti del defunto che rappresentano ed ai loro proprj, ma non

ai fatti de' loro coeredi, come si è già di sopra osservato.

307. Quando la cosa è perita per colpa o dolo di varj eredi, ciascuno d'essi vi è tenuto solidariamente: *Nec enim*, dice Dumoulin, *qui peccavit, ex eo relevari debet, quod peccati habet consortem.*

Se nulladimeno questi eredi, ciascuno con un fatto particolare, avessero fatto perdere od involate diverse porzioni della cosa dovuta, ciascuno sarebbe tenuto soltanto alla perdita od alla mancanza di questa porzione, poichè in tale caso, *unusquisque non in solidum, sed in parte duntaxat dolum admisit*; ed è appunto ciò che decide Marcello nella legge 22, §. *Deposit. Si duo haeredes rem apud defunctum depositam dolo intervenerint, quodam casu in partes duntaxat tenebuntur; nam si diviserunt decem millia, quae apud defunctum fuerant, et quina millia singuli abstulerint, et uterque solvendo est, in partes adstricti erunt: quod si quae species dolo eorum interversa fuerit, in solidum conveniri poterunt; nam certe verum est in solidum quemque dolo fecisse.*

Osservate riguardo al primo caso della legge 22, che si dice *si uterque solvendo est*: imperciocchè se l'uno de' due eredi era insolvibile, l'altro solvibile sarebbe stato in colpa non solo rapporto alla sua metà, ma anche rapporto all'altra metà, mentre non doveva dividere la somma depositata al defunto col suo coerede insolvibile. Se l' obbligazione di restituire la somma era divisibile, l'obbligazione accessoria di custodirla e di conservarla con buona fede, era un' obbligazione indivisibile, alla quale ciascuno d'essi era tenuto pel totale, ed alla quale l'erede solvibile ha contravvenuto, non solamente rapporto alla metà che ha dovuto pagare, ma parimenti rapporto all'altra che ha lasciata in balìa del suo coerede insolvibile.

308. Una sesta eccezione si è, che sebbene un'obbligazione sia divisibile, pure uno degli eredi del debitore può esserne tenuto pel totale o per convenzione, o pel testamento del defunto che lo avesse di ciò incaricato, o per uffizio del giudice che fece la divisione de' beni dell'eredità. In tutti questi casi uno degli eredi è tenuto

al debito pel totale, senza che gli altri cessino d'esserne tenuti con lui, ciascuno per la loro parte.

309. Risulta da tutte queste modificazioni, che *aliud est unum ex pluribus sive principalibus sive haereditas teneri in solidum, aliud obligationem esse individuam.* Questa è la terza delle chiavi di Dumoulin, part. 3, n. 112.

310. Fuori de'casi su riferiti ciascun erede del debitore è tenuto ai debiti divisibili soltanto per quella porzione in cui è erede, e non è tenuto neppure sussidiariamente al di più in caso d'insolvibilità de' suoi coeredi. (*Cod. civ. art.* 1220.) La legge 2, Cod. *de haered. act.* decidendo, che ciascun erede è tenuto ai debiti del defunto soltanto per la sua parte, non distingue se tutti gli eredi siano solvibili o no. Un tale principio risulta dall'idea stessa di erede. Erede infatti è colui che succede ne' diritti attivi e passivi, vale a dire ne'debiti ed obbligazioni del defunto. Colui adunque che è erede soltanto in parte, non vi succede che in parte, e non vi è tenuto che in parte: l'insolvibilità sopraggiunta de' suoi

coeredi, non lo rende successore in tutti i diritti del defunto: egli lo è sempre soltanto in parte, e per conseguenza egli non deve essere tenuto ai debiti che in parte.

Si oppone, che i debiti essendo un peso dei beni, devono essere pagati pel totale su quella parte di beni che ritiene questo erede. La risposta si è, che l'universalità dei beni è caricata del totale dei debiti, ma le porzioni di questa universalità sono caricate soltanto d' un' eguale porzione di debiti. Si insiste, e si dice: se il debitore avesse dissipata la metà de' suoi beni, l'altra metà a lui rimasta sarebbe caricata del totale dei debiti; dunque quando uno degli eredi del debitore ha dissipata la sua metà, l'altra metà appartenente all'altro erede deve egualmente essere caricata del totale dei debiti. Io nego la conseguenza. Quando il debitore ha consumata la metà de' suoi beni, ciò che a lui resta, è il totale dei beni della persona che s'è obbligata al totale del debito; e per conseguenza il totale dei debiti è un peso dei beni che le rimangono: ma quando il mio coerede ha dissipato la metà a lui pervenuta,

quella che a me rimane è sempre la porzione di un erede per metà, il quale è tenuto ai debiti personalmente soltanto per questa metà: la mia porzione adunque deve essere caricata solamente della metà dei debiti. Si insiste ancora, e si dice: il creditore non deve soffrire un danno dalla moltiplicità degli eredi lasciati dal debitore: dunque la dissipazione della metà dei beni di questo subita da un erede, non deve fargli perdere le metà del di lui debito, poichè se il debitore o l' unico erede del debitore avesse dissipata questa metà di beni, il creditore non perderebbe nulla del suo credito La risposta si è, che soltanto *ex accidenti* il creditore soffre un danno in questo caso dalla moltiplicità degli eredi lasciati dal debitore; e ch' egli poteva non soffrirne alcuno, sequestrando i beni della eredità prima della divisione, o vegliando a farsi pagare.

Questa decisione, che l' erede in una porzione non è tenuto ai debiti per le porzioni de' suoi coeredi divenuti insolvibili, quand' anche la porzion sua fosse più che sufficiente per pagare il totale, essendo

tratta dai principj della ragion naturale, e dalla natura istessa della qualità d'erede, deve aver luogo tanto nel foro della coscienza, quanto nel foro esterno: *Molin. part.* 2, *n.* 82.

311. Un tale principio, che un erede non sia tenuto per l'insolvibilità de' suoi coeredi, soffre varie eccezioni. La prima, sulla quale non cade difficoltà alcuna, è quando pel dolo o per la negligenza di un degli eredi il creditore non ha potuto farsi pagare dagli altri divenuti insolvibili; *puta*, perchè questo erede si è fatto credere erede solo: *Molin. ibid. n.* 85 *in fine.*

Dumoulin riporta per secondo esempio d' eccezione quello in cui un padre lasciasse per eredi due figli, l'uno dei quali avesse dissipato da prima ciò ch'egli avesse ricevuto in anticipazione della sua porzione ereditaria, ed al quale, atteso ciò che sarebbe tenuto di computare nella sua parte, pervenisse molto meno nell' attivo de'beni lasciati dal padre, della somma a cui ammontano quei debiti di questa successione, ai quali è tenuto qualificandosi per erede. L'altro figlio dovrebbe rispondere in tale

caso verso i creditori della successione; della parte a cui sarebbe tenuto suo fratello insolvibile, sebbene i creditori non avessero avuta la precauzione di sequestrare i beni della successione prima della divisione. La ragione di ciò si è, che questo figlio avendo raccolto pressochè tutto l'attivo dei beni lasciati dal defunto, perchè suo fratello è stato tenuto a computare nella sua parte quello che aveva ricevuto vivente il padre comune, è giusto ch'egli non approfitti a spese dei creditori della successione, dal aver suo fratello agito mal a proposito come crede: avvi luogo in questo caso a presumere una collusione tra i due fratelli, e che soltanto in vista di liberarsi da una porzione dei debiti, e di fracidarne i creditori, l'erede solvibile abbia indotto suo fratello insolvibile ad agire come crede: *hoc est injustum*, dice Dumoulin, *nec suspicione collusionis vacat.* Ibid. n. 93 *in fine.*

Quest' autore, *n.* 92, riporta per terza eccezione il caso in cui il creditore avesse fatto un prestito al defunto, il quale fosse stato la causa della fortuna del defunto

istesso: in tale caso l'erede solvibile essendo in qualche modo obbligato al creditore se raccoglie una porzione di una ricca eredità, non deve lasciargli perdere la parte del credito a cui è tenuto il suo coerede insolvibile. Questa decisione di Dumoulin soffre delle difficoltà. Io confesso, che ciò è richiesto dalla gratitudine, ma la gratitudine forma soltanto delle obbligazioni imperfette, e che non obbligano nel foro esterno.

(Secondo il Codice civile gli eredi sono tenuti ai debiti ed ai pesi ereditarj personalmente per la loro parte e porzione virile, ed ipotecariamente per l' intiero; salvo il loro regresso tanto contro i coeredi, quanto contro ai legatarj universali in proporzione della tangente per cui essi devono contribuire, *art.* 873. La porzione degli eredi insolvibili è ripartita in proporzione sugli altri, *art.* 876.

§. III.

Del secondo effetto della divisione del debito, il quale consiste nel poter essere questo pagato per parti.

312. Noi abbiamo veduto essere uno degli effetti della divisione del debito, tanto se questa sia accaduta dal lato del creditore, quanto da quello del debitore, che il pagamento poteva farsi per parti, cioè per le parti dovute a ciascuno degli eredi del creditore, e per quelle dovute da ciascuno degli eredi del debitore. Questo principio ha pure le sue eccezioni e modificazioni, *non propter individuitatem obligationis, sed propter incongruitatem solutionis*, come dice Dumolin, cioè non perchè il pagamento parziale d'una obbligazion divisibile non sia sempre possibile, assolutamente parlando, giacchè la cosa dovuta avendo parti, ne viene di necessaria conseguenza che può essere pagata per parti: ma il pagamento di queste obbligazioni qualche volta non si deve fare per parti, perchè il pagamento

parziale non è sempre conforme all' equità: *Aliud quippe individuitas obligationis, aliud incongruitas solutionis*. Questa è la quarta delle chiavi di Dumoulin, *part.* 3, *n.* 112.

313. Il primo caso in cui il pagamento parziale di un debito, benchè divisibile, non è valido, è quello dei debiti alternativi, o delle cose indeterminate. Se per esempio, quello che è debitore *d'una tal casa*, o *di una somma di diecimila lire*, lascia due eredi, uno di questi non verrà ammesso a pagarmi la metà di una di queste due cose, sintantochè l'altro erede non paghi l'altra metà della cosa medesima; imperciocchè se uno degli eredi, per esempio, avesse pagato la metà della casa, e l'altro volesse pagare la metà della somma, ne risulterebbe un pregiudizio al creditore, il quale deve ricevere in pagamento l'una delle due cose intiera, e non due metà di due cose diverse. Per quest' istessa ragione, quando anche il creditore avesse volontariamente ricevuta la metà di una delle due cose, *puta*, la metà della somma, questo pagamento non riceverebbe la sua perfezione, nemmeno per questa metà, se non quando gli venisse

pagata l'altra; e se in seguito gli fosse invece data la casa, vi sarebbe luogo allora alla ripetizione di quello, che fosse stato pagato in danaro. *Infra part.* 3. *n.* 525.

Egli è lo stesso dei debiti delle cose indeterminate: se, per esempio, il defunto doveva indeterminatamente un jugero di terra, uno de'suoi eredi non sarà ammissibile ad offrire al creditore la metà di un certo jugero, sintantochè l'altro creditore non dà egualmente in pagamento l'altra metà del jugero stesso: altrimenti ne risulterebbe un pregiudizio al creditore al quale è dovuto un jugero intiero, e non la metà di due jugeri diversi. Ciò risulta dalle leggi 85, §. 4, e l. 2, §. 2, ff. *de verb. oblig. Molin. part.* 2, *n.* 125.

Questa indivisibilità di pagamento deve aver luogo non solamente quando il debito sia stato diviso dal lato del creditore, ma egualmente anche quando lo sia stato dal lato del creditore, il quale abbia lasciati più eredi; poichè è dell'interesse di questi eredi del creditore di ricevere piuttosto quella sola cosa che loro è dovuta, e che sia soltanto comune tra di essi, che delle

porzioni di cose diverse, le quali ciascuno avrebbe in comune con degli stranieri. *Molin, ibid. part.* 2, *n.* 130.

Quando uno degli eredi del debitore è stato liberato dalla sua parte di debito, o colla remissione che gliene ha fatta il creditore, o altrimenti niente impedisce allora che l'altro erede possa pagare quella delle cose ch'ei vuole per la metà da lui dovuta; *d. l.* 2, §. 3. La ragione che impedisce il pagamento parziale cessa; poichè non v'è più a temere che il pagamento si faccia in porzioni di cose diverse.

Osservate che nel testo citato dopo queste parole, *si tamen hominem stipulatus, cum uno ex haeredibus egero*, bisogna sottointendersi, *et victus fuero per injuriam judiciis.* Vedi Cuj. *ad l.* Dumoulin. *ibid. p.* 2, *n.* 188.

Osservate egualmente che l'indivisibilità d'un debito alternativo cessa d'aver luogo, quando questo debito pel deperimento d'una delle due cose, cessa d'esser tale, e diviene determinato nella cosa che resta; niente potendo impedire in tal caso, che questa cosa sia pagata per parti, o da' di-

versi eredi del debitore, od a quelli del creditore.

314. Il secondo caso in cui il pagamento d'un' obbligazione, benchè divisibile e divisa tra più eredi del debitore, non può farsi per parti, è quando ciò fu convenuto nel momento in cui s'è contratta l'obbligazione, od anche dopo. Si potrebbe nulladimeno dubitare se una tale convenzione sia valida; poichè la legge 56, ff. 1, *de verb. oblig.* decide che una persona contraendo non può fare in modo che uno de' suoi eredi sia obbligato ai debiti per una porzione più grande di quella in cui sarà erede. *Te et Titium haeredem tuum decem daturum spondes: Titii persona supervacue comprehensa est, sive enim solus haeres extiterit, in solidum tenebitur, sive pro parte, eodem modo quo caeteri coheredes ejus.* Vale a dire ch'egli sarà tenuto, non ostante questa clausola della stipulazione, per quella parte soltanto in cui sarà erede: e ciò per la ragione che essendo erede del contraente soltanto per questa parte, ed essendo per conseguenza estraneo riguardo alle altre, egli non ha potuto essere

sere obbligato a queste altre parti dalle promesse del contraente, secondo il principio di diritto, che *Nemo nisi de se promittere potest, non de extraneo.*

Ciò non ostante Dumoulin decide con ragione potersi validamente convenire, che un debito non potrà essere soddisfatto per parti dai diversi eredi del debitore; ed egli rimarca benissimo che questa convenzione è molto diversa da quella della legge riportata qui sopra, la quale cade sulla sostanza istessa dell' obbligazione, mentre questa invece concerne soltanto il modo in cui sarà fatto il pagamento: *Non concernit substantiam obligationis, sed modum, unde quemadmodum potest in prejudicium haeredum determinari locus et tempus solutionis, ita et modus*; Molin. *ibid. part.* 2, *n.* 30 *e* 31. Questa convenzione non impedisce che uno degli eredi del debitore sia tenuto soltanto alla sua parte del debito; ma produce solamente l' effetto ch' egli deve fare il pagamento della cosa intiera, unitamente co' suoi coeredi; in modo che le offerte da lui fatte di dare la sua parte, sarebbero insufficienti per soddisfare anche per questa sua parte

a quell' obbligazione a cui è tenuto; se i suoi coeredi non offrono egualmente le parti loro. *Vedete infra, n.* 317.

315. Questa convenzione che il debito non potrà essere pagato per parti, impedisce bensì agli eredi del debitore di pagarlo in tal modo, ma non impedisce ch'egli possa esser pagato per parti ai diversi eredi del creditore.

Il debitore anzi non può validamente pagare a ciascuno di questi che la sua parte, e s' egli pagasse il totale ad uno, non sarebbe liberato verso degli altri.

Nulladimeno si può parimenti convenire, che uno degli eredi del creditore potrà esigere il totale, e che si potrà a lui pagare il totale; nel qual caso il pagamento a lui fatto libera il debitore verso tutti gli eredi del creditore, dei quali colui, a cui è fatto il pagamento, è come il costituito per parte loro, o come *adjectus solutionis gratia*; Molin. *ibid., n.* 33.

316. Il terzo caso in cui il debito, benchè diviso tra gli eredi del debitore, non deve soddisfarsi per parti, è quando senza esservi una convenzione, risulta dalla na-

tura della promessa, o dalla cosa che ne forma l'oggetto, o dal fine propostosi nel contratto che l'intenzione dei contraenti fu effettivamente che il debito non potesse soddisfarsi per parti. Questo si presume facilmente quando la cosa, che forma il soggetto della convenzione, è suscettibile per verità di parti intellettuali, ed è per conseguenza divisibile, ma non può esser divisa in parti reali. *Molin. part.* 3, *n.* 223.

Questo si presume anche riguardo alle cose che si dividono in parti reali, quando esse non possano esser divise, senza che ne risulti un danno al creditore.

Se per esempio io ho comprato o preso in affitto un certo stabile, benchè questo sia suscettibile di parti, nulladimeno uno degli eredi di colui che me lo ha venduto od affittato non sarebbe ammesso ad offrirmi la sua parte divisa od indivisa di questo stabile, per liberarsi dalla sua obbligazione verso di me, se i suoi coeredi non fossero pronti, dal loro canto, a rilasciarmi le loro, poichè la divisione di questo fondo mi porterebbe un danno. Io l'ho comprato o preso in affitto, per averlo intiero o per go-

derlo intiero, e non ne avrei nè comprata nè presa in affitto una parte.

Il fine propostosi dai contraenti può parimenti impedire il pagamento parziale, anche dei debiti di una somma di denaro. Se per esempio con una transazione voi vi siete obbligato a pagarmi la somma di mille scudi colla dichiarazione che ciò è per trarmi dalla prigione ove io son detenuto da un creditore per la detta somma, e se poco dopo voi siete morto lasciando quattro eredi, uno di questi non sarà ammesso ad offrirmi separatamente il quarto della detta somma, la quale non può procurarmi quella liberazione dal carcere che fu l'oggetto del contratto, e la quale io non potrei conservare sicuramente in prigione, attendendo il pagamento del di più. *Molin*, *part.* 2, *n.* 40.

317. In tutti i casi qui sopra riportati, nei quali un'obbligazione, sebbene in se stessa divisibile, non può nulladimeno soddisfarsi per parti, il creditore non può, per verità, costituire gli eredi del suo debitore in mora, se non che spiegando la domanda contro tutti, giacchè la domanda spie-

gata contro uno d'essi acciò questo gli pagasse il totale non sarebbe valida, e non lo costituirebbe in mora, non essendo egli debitor del totale, attesa la divisibilità dell' obbligazione: ma sebbene uno degli eredi sia debitore soltanto di quella porzione in cui è erede, e non possa essere convenuto pel totale, nulladimeno l'indivisibilità del pagamento impedisce ch' egli possa validamente offrire la parte di cui è debitore, se il di più non è offerto nel tempo istesso da' suoi coeredi; è perciò che tali offerte particolari non solamente non costituirebbero il creditore in mora a ricevere, e non arresterebbero il corso degl' interessi se il debito fosse di tal natura da produrne; ma se l' erede che facesse queste offerte fosse stato da prima costituito in mora da una domanda spiegata contro tutti gli eredi, queste offerte imperfette non purgherebbero in lui la mora, e non impedirebbero ch'egli fosse soggetto in faccia al creditore a tutte le pene della mora istessa, salvo il suo regresso contro ai suoi coeredi. *Molin, p. 3, n.* 243.

Osservate che una rendita costituita non

accompagnata da ipoteca, si divide tra gli eredi del debitore come gli altri debiti: ciascuno de' suddetti eredi è perciò tenuto a continuare a pagarne gli arretrati soltanto per la parte in cui è erede: ma la facoltà di redimerla sotto di cui fosse stata costituita non si divide. Noi abbiamo trattata questa materia nel nostro *Trattato del contratto di costituzione di rendita*, *cap.* 7, *art.* 3. Vedete Dumoulin, *tract. de div. et indiv. p.* 2, *n.* 207, 209; *e p.* 3, *n.* 23 *et. seq.*

§. IV.

Del caso in cui la divisione del debito si fa tanto dal lato del creditore, quanto da quello del debitore.

318. Quando il debito ha sofferta la divisione tanto dal lato del creditore quanto da quello del debitore, *puta*, se il creditore ha lasciato quattro eredi, e se quattro ne ha parimenti lasciati il debitore; ciascuno degli eredi del debitore, che per la divisione accaduta dal lato del debitore è

tenuto soltanto al quarto del debito, può pagare distintamente, e pel quarto solamente di cui è debitore, il quarto che è dovuto a ciascuno degli eredi del creditore; vale a dire ch'egli può pagare a ciascun d'essi il quarto del quarto, ossia un sedicesimo del totale.

§. V.

Se la riunione delle porzioni, o degli eredi del creditore, o degli eredi del debitore, in una sola persona, faccia cessare la facoltà di pagare il debito per parti.

319. La decisione di questa questione dipende dal principio seguente: la divisione del debito, che si effettua colla morte del creditore o del debitore che lascia più eredi, non fa di uno più debiti, ma assegna solamente a ciascuno degli eredi, o del creditore o del debitore, delle porzioni in quel debito, il quale da prima non avea parti, ma ne era però suscettibile. E' in ciò soltanto che consiste questa divisione, poichè avvi sempre un debito solo, *unum debitum*, e la legge 9, ff. *de pactis*, lo dice

in termini formali. Infatti, i diversi eredi del creditore sono creditori soltanto di quel debito che è stato contratto verso del defunto; i diversi eredi del debitore sono debitori soltanto di quello che è stato contratto dal defunto. Avvi dunque sempre un debito solo: ma (ed in ciò consiste la divisione) questo debito, ch'era indiviso e non conteneva porzione alcuna, sintantochè una sola persona vi era debitrice ed una sola creditrice, si trova avere delle porzioni, ed essere dovuto per porzioni od a ciascuno degli eredi del creditore, od a ciascuno degli eredi del debitore. (*Cod. civ. art.* 1220).

Da questo principio nasce la decisione della questione: le porzioni del debito, nelle quali consiste la di lui divisione, essendo prodotte dalla moltiplicità delle persone alle quali il debito è dovuto, quando il creditore ha lasciati più eredi, o dalla moltiplicità delle persone dalle quali il debito è dovuto, quando il debitore ha lasciati più eredi, ne segue che quando una tale moltiplicità di persone cessa, cessa pure il debito d' aver parti; *cessante causa*

cessat effectus; e per conseguenza cessa la divisione del debito, e non può più essere pagato per parti.

Se dunque un debitore od un creditore ha lasciati più eredi, ed il superstite degli eredi è rimasto lui solo erede di tutti i premorti, il debito cesserà di poter essere pagato per parti; poichè trovandosi un solo creditore, ed un solo debitore del debito, questo non ha più parti.

In vano si direbbe, che il debitore avendo una volta acquistato il diritto di pagare per parti, quando il creditore ha lasciati più eredi, non deve più perderlo; e che l' obbligazione inerente a ciascuno degli eredi del creditore di ricevere la sua porzione separatamente, deve passare al superstite, il quale è succeduto in tutte le obbligazioni de' premorti. Questo sarebbe vero se una tal facoltà di pagare per parti fosse intrinseca all' obbligazione, e non fosse al contrario dipendente unicamente dalla circostanza estrinseca della moltiplicità delle persone alle quali o dalle quali è dovuta: ma in tal caso cessando questa circostanza, deve cessare il suo effetto. Vedete Dumoulin, *p.* 2, *n.* 18 *et seq.*

Una tale decisione non ha luogo quando l'ultimo superstite de' varj eredi del debitore ha accettata la successione de' premorti, ma sotto benefizio d'inventario, imperciocchè questo benefizio impedendo la confusione de' patrimonj delle successioni, e di quello dell' erede beneficiario, impedisce parimenti la riunione delle porzioni del debito. Il superstite deve separatamente e diversamente la porzione del debito alla quale è tenuto in testa propria, e quella a cui è tenuto come erede beneficiario de' premorti. Ora essendo tenuto separatamente e diversamente a queste differenti porzioni del debito, ne viene per naturale conseguenza, ch' egli ha diritto di pagarle separatamente. Questo è il parere di Dumoulin, *p.* 2, *n.* 22.

320. La riunione delle porzioni degli eredi in una sola persona, fa cessare la facoltà di pagare per parti, qualunque sia la maniera con cui si fa questa riunione, non solo quando uno de' creditori è divenuto erede di tutti gli altri, ma egualmente quando ha acquistati per cessione i diritti di questi.

Quid, se non vi fosse cessione? Uno degli eredi, il quale avesse solamente la procura di tutti gli altri coeredi per esigere il debito, od anche un terzo il quale avesse questa procura da tutti, potrebbe ricusare il pagamento d' una parte? Sembra che non lo potrebbe, poichè in questo caso non avvi riunione. Vi sono effettivamente più persone alle quali il debito è dovuto per la porzione che ciascuna di esse vi ha, e per conseguenza sembra che il debito possa pagarsi per parti: non ostante questa ragione, Dumoulin, *p.* 2, *n.* 25, decide che questo procuratore di tutti gli eredi può rifiutarsi di ricevere il pagamento del debito per parti. Eccone la ragione. Nel modo istesso, che quando il debito si divide tra gli eredi del debitore, questa divisione si fa per l'interesse di questi eredi, ad oggetto ch' essi siano tenuti al debito ciascuno soltanto per la sua porzione ereditaria, e che possano liberarsi pagando questa porzione; egualmente, quando il debito si divide tra gli eredi del creditore, la divisione non si fa che in favore e per l'interesse degli eredi del creditore, ad oggetto che

ciascun d'essi non abbia bisogno d'aspettare i suoi coeredi per esigere e ricevere la sua porzione. Questi coeredi del creditore adunque possono non usare del diritto che loro dà questa divisione del debito, la quale in loro favore soltanto introdotta, secondo la massima di diritto, *unicuique liberum est juri in favorem suum introducto renuntiare*; e per conseguenza quello, che ha la procura di tutti gli eredi, può rifiutare di ricevere il debito per porzioni.

321. Tutto ciò che noi abbiamo detto sino al presente ha luogo allorchè le porzioni di più eredi di un sol creditore o di un sol debitore si riuniscono in una stessa persona. Bisogna decidere altrimenti quando un debito fu da principio contratto verso due creditori o da due debitori, senza solidarietà, e da ciascuno per la sua porzione. In questo caso vi sono due debiti veramente distinti e separati; ed essi non cessano d'esser tali, sebbene uno de' due creditori od uno de' due debitori sia succeduto all'altro: è perciò che il diritto di pagarli separatamente sussiste sempre. *Molin. ibid. n.* 29.

§. VI.

Differenza tra il debito di più corpi certi e quello di più cose indeterminate, riguardo alla maniera con cui si dividono.

322. Quando il debito è di più corpi certi e determinati, *puta*, di un tale e di un tal altro jugero di terra, e che il debito viene a dividersi, *puta*, per la morte del creditore, il quale lascia due eredi; la divisione si fa *in partes singularum rerum*. Il debitore non deve uno de' due jugeri ad uno degli eredi, e l'altro jugero all'altro erede; ma deve a ciascuno degli eredi la metà dell'uno e dell'altro jugero; salvo a questi eredi il dividerli fra di loro.

La cosa sarebbe altrimenti quando il debito fosse di due cose indeterminate; *puta*, se nel caso proposto il debitore fosse stato tenuto a dare non i tali jugeri, ma due jugeri indeterminatamente. In questo caso egli dovrebbe un jugero a ciascuno degli eredi del creditore, e non la metà di due jugeri. La divisione non si fa *in partes sin-*

gularum rerum, ma numeralmente: *numero dividitur obligatio*. Questa è la decisione delle leggi 54, ff. *de verb. oblig.* e 29, ff. *de solut.*

ARTICOLO III.

Della natura e degli effetti delle obbligazioni indivisibili.

§. I.

Principj generali sulla natura delle obbligazioni indivisibili.

323. L' obbligazione indivisibile essendo l' obbligazione di una cosa o di un fatto, che non è suscettibile nè di parti reali, nè di parti intellettuali, ne viene di necessaria conseguenza che quando due o più persone hanno contratto un debito di questa specie, sebbene non l' abbiano contratto solidariamente *et tanquam correi debendi*, pure ciascuno di coloro che si sono obbligati è debitore del totale della cosa o del fatto che forma l' oggetto dell' obbligazione; poichè

non può esserne debitore di una parte soltanto, quando si suppone che questa cosa o questo fatto non è suscettibile di parti. (*Cod. civ. art.* 1222.)

Per la stessa ragione quando la persona che ha contratto un debito di tal sorta ha lasciati più eredi, ciascuno di questi è debitore del totale della cosa, non potendo esser debitore in parte di ciò, che non è suscettibile di parti: *Ea quae in partes dividi non possunt, solida a singulis haeredibus debentur*, leg. 192, ff. *de Reg. jur.* (*Cod. civ. art.* 1223.)

Egualmente quando il creditore di un debito di tal sorta ha lasciati più eredi, la cosa è dovuta da ciascuno degli eredi pel totale, non potendo esserlo in parte, giacchè non è suscettibile di parti. (*Cod. civ. art.* 1224.)

324. In questo punto l'indivisibilità dell' obbligazione conviene colla solidarietà: ma ne differisce specialmente in ciò, che nell' indivisibilità dell' obbligazione, il motivo per cui ciascun debitore è debitor del totale, venendo dalla qualità della cosa dovuta, la quale non è suscettibile di parti, fa sì che

questa indivisibilità sia una qualità reale dell'obbligazione, la quale passa con questa qualità agli eredi, e fa in modo che ciascuno degli eredi del debitore sia debitore del totale. La solidarietà al contrario nascendo dal fatto delle persone, che si sono obbligate ciascuna pel totale, è una qualità personale, la quale non impedisce all'obbligazione di dividersi tra gli eredi di ciascuno dei debitori solidarj, i quali l'hanno contratta, e tra gli eredi del creditore verso al quale è stata contratta. Questo è quello che spiega perfettamente Dumoulin colla sua ordinaria energia: *In correis credendi vel debendi qualitas distributiva seu multiplicativa solidi personalis est, et non transit in haerede nec ad haeredes, inter quos active vel passive dividitur; sed qualitas solidi in individuis realis est, quia non personis, ut illa correorum, sed obligationi ipsi et rei debitae adhaeret, et transit ad haeredes, et in singulorum haeredum haeredes singulos in solidum; p.* 2, *n.* 222.

325. Da ciò nasce un'altra differenza tra l'indivisibilità e la solidarietà. Questa non procedendo dalla qualità della cosa dovuta, ma

ma dal fatto personale dei condebitori, ciascuno dei quali ha contratta tutta l' obbligazione, ne viene che non solo sono debitori della cosa pel totale, ma ne sono debitori *totaliter*. Quindi, benchè l'obbligazion primitiva da essi solidariamente contratta, per la sua inesecuzione, venga a convertirsi in una sola obbligazione secondaria, sono tenuti solidariamente a questa secondaria obbligazione, come le erano alla primitiva. Se, per esempio, due appaltatori si sono solidariamente obbligati verso di me a costruire una casa entro ad un certo tempo; in caso d'inesecuzione di quest'obbligazione primitiva, ciascuno d' essi sarà tenuto solidariamente all'obbligazione dei danni ed interessi, nella quale l' obbligazion primitiva si è convertita.

Quando al contrario l'obbligazione non è solidaria, ma indivisibile, come allorchè più persone si sono obbligate senza solidarietà a qualche cosa d'indivisibile, l'indivisibilità non procedendo in tal caso che dalla qualità della cosa dovuta, la quale non è suscettibile di parti, ciascuno dei debitori di una tal obbligazione è, per ve-

rità, debitor del totale, non potendo essere debitore della porzion d'una cosa la quale non è suscettibile di porzioni: *singuli solidum debent*; ma non essendosi tutti obbligati solidariamente, *non debent totaliter. Aliud est*, dice Dumoulin, *p.* 3, *n.* 112, *quem teneri ad totum, aliud totaliter.* Essendo debitori del totale, solamente per la qualità della cosa dovuta, la quale non è suscettibile di parti, se l'obbligazione primitiva viene a convertirsi nell'obbligazion secondaria d'una cosa divisibile, ciascuno di essi ne sarà tenuto soltanto per la sua parte. Se, per esempio, due appaltatori si sono obbligati verso di me, senza solidarietà, a costruirmi una casa, sebbene ciascuno d'essi sia tenuto al totale dell'obbligazione primitiva, perciocchè essa ha per oggetto un fatto non suscettibile di parti; pure, in caso d'inesecuzione di questa obbligazione, ciascuno d'essi sarà tenuto per la sua parte all'obbligazion secondaria dei danni ed interessi, nella quale l'obbligazion primitiva si è convertita; poichè questi danni ed interessi consistono in una somma di danaro, che è divisibile. Da ciò ne risulta, che *longe*

aliud est plures teneri ad idem in solidum, *et aliud obligationem esse individuam*; e questa è pure una delle chiavi di Dumoulin *ibid.*

Bisogna dire lo stesso riguardo a più creditori od a più eredi di un creditore d'una cosa indivisibile. Essi sono creditori del totale, *singulis solidum debetur*, ma essi non lo sono *totaliter*, come i creditori solidarj, detti *correi credendi*; ed *aliud est pluribus deberi idem in solidum*, *aliud obligationem esse individuam*. Tutto ciò si rischiarerà *in decursu* nei seguenti paragrafi.

326. Da questo principio, *aliud est debere totum*, *aliud est debere totaliter*, ne segue, che un'obbligazione indivisibile non lascia di poter esser soggetta a soffrire una divisione. Se, per esempio, un mio parente col suo testamento mi ha gravato del legato d'un diritto di servitù sul mio fondo, verso di Pietro, e che non resti nella sua successione, dopo il pagamento di tutt' i pesi, che la somma di duecento lire, mentre questo diritto di servitù sia del valore di trecento; sebbene questo legato e l'obbligazione che ne risulta siano indivi-

sibili, essendo indivisibile il diritto di servitù che ne forma l'oggetto, pure, siccome io non sono tenuto a questa obbligazione *totaliter*, ma solamente sino alla concorrenza delle duecento lire che restano di netto nella successione, questo legato e questa obbligazione, benchè indivisibili, soffrono una divisione, non già per verità riguardo alla cosa stessa che è legata e che non è suscettibile di parti, ma riguardo al suo valore; perciò io dovrò al legatario un diritto intiero di servitù, ma col peso che egli potrà esigerlo soltanto facendomi ragione della somma che vale oltre le duecento lire, sino alla concorrenza delle quali io sono solamente tenuto al legato; *arg*, l. 76, ff. *de leg.* 2.

§. II.

Dell' effetto dell' indivisibilità dell' obbligazione in dando aut in faciendo, *riguardo agli eredi del creditore.*

327. Quando l'obbligazione è indivisibile, ciascun erede del creditore, essendo credi-

tore di tutta la cosa, ne segue che ciascuno di essi può spiegare contro al debitore la domanda per tutta la cosa. (*Cod. civ. art.* 1224).

Se qualcuno, per esempio, si è obbligato verso di me a farmi costituire, per l'utilità d'un mio stabile, un diritto di passaggio sul suo, o su di qualche altro stabile vicino, questo diritto essendo indivisibile, ciascuno de' miei eredi potrà spiegare la domanda contro al creditore pel totale, l. 2, §. 2, ff. *de verb. oblig.*

Egualmente, se qualcuno si è verso di me obbligato a farmi un quadro, od a fabbricarmi una casa, ciascuno de' miei eredi può chiedergli ch'ei faccia l'intiero quadro, o che fabbrichi l'intiera casa.

Ma siccome ciascuno de' miei eredi, sebbene creditore di tutta la cosa, non ne è però creditore *totaliter*; così se dietro la domanda di tutta la cosa, che l'uno de'miei eredi avesse spiegata contro al debitore, questo, per mancanza d'aver eseguita la sua obbligazione, fosse condannato ai danni ed interessi, non potrebbe esserlo verso questo erede che per la parte in cui è erede;

poichè sebbene creditore di tutta la cosa, egli è creditore soltanto come mio erede in parte. Se ha diritto di domandare tutta la cosa, ciò viene dal non poter esser questa domandata in parte, non essendo suscettibile di porzioni: ma l'obbligazione di una tal cosa indivisibile, convertendosi per l'inesecuzione in una obbligazione ai danni ed interessi, la quale è divisibile, il mio erede in parte può pretendere nei detti danni ed interessi la sola porzione nella quale è erede; l. 25, §. 9, ff. *Fam. ercisc.*

In ciò gli eredi del creditore di un debito indivisibile sono diversi dai creditori solidarj, detti *correi credendi.* Ciascuno di questi essendo creditore non solamente di tutta la cosa dovuta, ma essendolo *totaliter*, se dietro la domanda del creditore il debitore non adempie la sua obbligazione, deve essere condannato verso di lui nel totale dei danni ed interessi.

328. Dal non essere l'erede in parte di un debito indivisibile, creditore *totaliter*, sebbene lo sia di tutta la cosa, ne segue parimenti, ch'egli non può fare la remissione di tutto il debito, come lo potrebbe

un creditor solidario ; l. 13, §. 12, ff. *de accept.* (*Cod. civ. art.* 1224).

E' perciò, che se il creditore di un debito indivisibile ha lasciati due eredi, e che l'uno d'essi abbia fatta remissione del debito al debitore per ciò che lo concerne, il debitore non sarà liberato verso dell'altro. Nulladimeno questa remissione avrà effetto. L'altro erede potrà bensì domandare al debitore l'intiera cosa, ma egli lo potrà soltanto offrendosi di fargli ragione della metà del di lei valore: imperciocchè la cosa dovuta, sebbene indivisibile in se, ha nulladimeno un valore, il quale è divisibile, ed al quale si può in questo caso ricorrere: questa è una modificazione che riceve l'indivisibilità del debito. (*Cod. civ. ibid.*).

Non basterebbe al debitore l'offrire a colui, che non gli ha rimesso il suo diritto, la metà del prezzo della cosa dovuta: imperciocchè questo erede è creditore della cosa istessa, ed il suo coerede facendo la remissione del suo diritto, non ha potuto pregiudicare a quello dell'altro erede. Questo è quello che insegna Dumoulin, *Tract. de div. et indiv. p.* 3, *n.* 189. *Stipulator*

servitutis reliquit duos haeredes, quorum unus accepto fecit promissori..... debet alteri haeredum totam servitutem, sed non totaliter, utpote deducenda aestimatione dimidiae partis...... sed cujus est electio? Breviter dico creditoris, videlicet alterius haeredis, quia cohaeres etiam vendendo et pretium recipiendo, nocere non potuit, nisi in refusione pretii, si hic haeres noluit jus suum vendere; igitur gratis remittendo non potest in plus nocere.

329. Deve aver luogo lo stesso quando il debitore è divenuto erede per metà del creditore; l'altro potrà domandargli l'intiera cosa, offrendo di fargli ragione della metà del di lei valore.

330. Tutto ciò che noi abbiamo detto relativamente ai varj eredi del creditore di un debito indivisibile, riceve egualmente applicazione riguardo a più creditori non solidarj, verso dei quali un simile debito fosse stato contratto.

§. III.

Dell' effetto delle obbligazioni indivisibili in dando aut in faciendo, *riguardo agli eredi del debitore.*

331. Quando il debito è indivisibile, ciascuno degli eredi del debitore essendo debitore della cosa intiera, ne segue che si può spiegare la domanda contro ciascuno di essi per l'intiera cosa: ma siccome ognuno di questi non è debitore *totaliter*, essendolo soltanto com'erede in parte del debitore, ed unitamente co' suoi coeredi, ne segue, ch'essendo convenuto, può domandare una proroga onde chiamare e mettere in causa i suoi coeredi, e che non deve esser condannato solo, se non in mancanza di averli chiamati in causa. Dumoulin fonda questa decisione sulla legge 11, §. 23, ff. *de leg.* 3. *Si in opere civitatis faciendo relictum sit, unumquemque haeredem in solidum teneriae. Marcus et Verus Proculae rescripserunt: tempus tamen cohaeredi Proculae, quem Procula vocari desideravit,*

ut secum curaret opus fieri, praestiterunt, infra quod mittat ad opus faciendum, postquam solam Proculam voluerunt facere, imputaturam sumptum cohaeredi. Dumoulin, *p.* 3, *n.* 90 *e* 104; *e p.* 2, *n.* 469 *e seg.* (*Cod. civ. art.* 1225).

Questi eredi in ciò sono diversi dai condebitori solidarj, detti *correi debendi*, i quali devono ciascuno *totam rem et totaliter*, e non sono ammessi (se non che per una grazia, la quale, per verità, s'accorda sempre) a domandare una proroga per chiamare in causa i loro condebitori; essi infatti sono obbligati a pagare subito che sono interpellati, e non possono domandare altra cosa al creditore se non che la cessione delle sue azioni contro ai loro condebitori, quand' essi l'avranno pagato. Dumoulin stabilisce questa differenza, p. 3, n. 107.

332. Ma v'ha di più. Quando l'erede, convenuto dal creditore di un debito indivisibile, è erede soltanto in una parte, ed avvi un altro erede in una parte maggiore, allora l'erede convenuto non solo può domandare una proroga per convenire egli pure i suoi coeredi, ma può chiedere che

il creditore istesso chiami in causa questo erede principale, offrendosi di contribuire dal canto suo a ciò che viene da lui domandato. *Molin ibid. n.* 105.

333. Inoltre, intorno agl'effetti dell'obbligazione indivisibile *in dando vel in faciendo*, riguardo agl'eredi del debitore, bisogna distinguere con Dumoulin tre casi. O questo debito è di natura tale da non poter essere soddisfatto che dal solo erede convenuto; o è di natura tale da poter essere soddisfatto separatamente, o dal convenuto, o da ciascuno de' suoi coeredi; o è di natura tale da non poter essere soddisfatto che da tutti unitamente.

Si può addurre per esempio del primo caso il debito d'una servitù di prospetto o di passaggio, che il debitore avesse promesso d'imporre su di un suo fondo, il quale colla divisione sia caduto in mano d'uno degli eredi. Quest'erede solo può soddisfare ad un tale debito, poichè una servitù non può essere imposta che dal proprietario del fondo. In questo caso egli sarà solo condannato alla prestazione del diritto di servitù, e dovrà esser costretto

ad imporla con una sentenza, la quale potrà ordinare, che in mancanza dal lato suo d'imporla, la sentenza istessa valerà per titolo di costituzione della servitù; *Molin p.* 3, *n.* 100; salvo a lui il suo regresso od indennità contro ai suoi coeredi, se colla divisione non fu incaricato di soddisfare a questo debito.

334. Si può addurre per primo esempio del secondo caso il debio d'un' eguale servitù che il defunto si fosse obbligato di far avere ad alcuno sullo stabile di un terzo. La cosa formante l'oggetto di questa obbligazione è una cosa indivisibile, e che di sua natura può essere soddisfatta separatamente da ciascuno degli eredi del debitore, poichè è possibile a ciascun d'essi, almeno *natura*, d'accomodarsi col proprietario dello stabile, su del quale il defunto ha promesso al creditore di fargli avere un diritto di servitù Il creditore potrà dunque domandare questo diritto di servitù pel totale a ciascuno degli eredi del debitore, poichè questo diritto essendo indivisibile ciascuno d'essi è tenuto alla totalità del debito. Ma siccome ognuno di questi eredi, sebbene

debitore d'un tal diritto di servitù pel totale, non ne è però tenuto *totaliter*, ma unitamente co' suoi coeredi, così egli può domandare una proroga per chiamarli in causa, affinchè insieme a lui facciano avere al creditore il diritto di servitù che gli è dovuto, od in mancanza di farcelo avere, siano tutti condannati ai danni ed interessi verso del creditore medesimo: essendovi poi tutti condannati, essi non vi sarebbero tenuti che per la loro parte, poichè quest' obbligazione ai danni ed interessi è divisibile.

Che s' egli trascura di chiamare i suoi coeredi, e rimane solo in causa, sarà solo condannato a far avere all' attore il diritto di servitù che gli è stato promesso dal defunto, ed in mancanza di questo sarà solo condannato parimenti ai danni ed interessi, salvo a lui il regresso contro de' suoi coeredi; *Molin p.* 2, *n.* 175: imperciocchè avendo trascurato di chiamarli in causa, deve solo subire la condanna: egli è tenuto in questo caso *quasi ex facto proprio*, per essersi solo incaricato della causa, *et non tantum quasi haeres.*

Osservate che la condanna ai danni ed interessi deve aver luogo quand' anche gli eredi di colui che ha promesso una tal servitù fossero pronti a comprarla dal proprietario dello stabile, su del quale il defunto ha promesso di farla imporre, e che questo proprietario non voleva per qualsisia prezzo accordarla: imperciocchè, come noi abbiamo già altrove veduto, basta perchè l' obbligazione sia valida, e dia luogo per la sua inesecuzione ai danni ed interessi, che ciò ch' è stato promesso sia in potere del defunto che l' ha promesso, e de' suoi eredi: quello che ha contratta l'obbligazione deve imputare a se stesso d'aver temerariamente promesso il fatto di un terzo.

(Il Codice civile proibisce la vendita della cosa altrui, ed accorda i danni ed interessi al compratore solamente quando egli avesse ignorato che la cosa venduta non apparteneva al venditore. *Art.* 1599.

L' artic. 1021 dichiara egualmente nullo il legato della cosa altrui.

Si può concludere da ciò che l' obbligazione assunta da una persona di far avere a qualcuno una servitù sullo stabile di un terzo, non sarebbe valida).

Un secondo esempio è l' obbligazione ch' io avessi contratta verso qualcuno di fargli fabbricare un certo edifizio sul suo terreno. Questa obbligazione è indivisibile, ed il creditore può chiedere che ciascuno dei miei eredi sia condannato a fabbricargli l' intiero edifizio. Ma siccome ciascun erede, sebbene debitore di tutta la costruzione dell' edifizio, non ne è però debitor solidario, così ha diritto di ricercare che i suoi coeredi siano messi in causa, ed essendo tutti in causa, se mancano di eseguire l'obbligazione, siano condannati ai danni ed interessi, per la loro parte ereditaria soltanto.

Anche quelli però che erano presti a concorrervi saranno condannati non meno di quelli che avessero rifiutato di farlo, salvo il loro regresso tra di essi; poichè ciascuno è obbligato a costruire l'intiero edifizio, ed è una cosa che ciascuno poteva fare separatamente.

Che se l' uno de' miei eredi, convenuto per l'intiera costruzione dell' edifizio, non facesse mettere in causa i suoi coeredi, potrebbe esser solo condannato ai danni ed

interessi pel totale, in caso d'inesecuzione dell' obbligazione: e ciò accaderebbe per la di lui mancanza di non aver chiamati in causa i suoi coeredi.

335. Resta a parlare del terzo caso in cui il debito indivisibile non può essere soddisfatto che unitamente da tutti gli obbligati. Se ne può addurre per esempio il caso in cui qualcuno con una transazione siasi verso di voi obbligato a costituirsi sul suo fondo un diritto di passaggio per andare al vostro in quella parte ch' egli v'indicherà. Se quest' uomo prima d'aver adempita una tale obbligazione è morto, ed ha lasciato più eredi tra i quali è comune lo stabile, l'obbligazione d'imporvi il diritto di passaggio nella quale succedono, è un' obbligazione indivisibile che può soddisfarsi soltanto unimente da tutti gli eredi, poichè solamente tutti i proprietarj di uno stabile possono imporvi un diritto di servitù; l. 2, ff. *de Serv.* l. 18, *ff. comm. Praed.*

In questa specie d'obbligazione, se uno degli eredi dichiara ch'è pronto per quanto sta a lui ad adempire l' obbligazione, cosicchè dipenda dall' altro erede soltanto che

essa

essa venga adempita, colui solo che rifiuta deve essere condannato ai danni ed interessi risultanti dall' inesecuzione, poichè non è in mora colui che offre; *Molin. ibid. p.* 3. *n.* 95.

Se vi fosse stata stipulata una pena in caso d' inesecuzione dell' obbligazione, colui fra gli obbligati o gli eredi che non fosse stato in mora non lascierebbe d' esser soggetto alla sua parte nella pena, per la mora degli altri, *non immediate, sed ejus occasione, et tanquam ex conditionis eventu*; nel modo istesso come nelle obbligazioni divisibili, salvo il suo regresso contro agli altri obbligati con lui.

336. Osservate che la legge 25, §. 10, ff. *fam. ercisc.* non contien nulla in contrario a tutte le distinzioni da noi fatte sin' ora; poichè, come osserva Dumoulin, *p.* 3, *n.* 99, questo testo non suppone che l' erede in parte del debitore di una cosa indivisibile, sia sempre ed indistintamente tenuto a pagarne l' estimazione pel totale, in caso d'inesecuzione, ma decide solamente che quando ne fosse tenuto, *puta*, quand' egli si fosse lasciato condannare senza chiamare i

suoi coeredi, che ne erano tenuti al pari di lui, egli ha contro questi l'azione *familiae erciscundae*, per farsene render ragione nella divisione.

§. IV.

Dell' effetto delle obbligazioni indivisibili in non faciendo.

337. Allorchè qualcuno si è obbligato verso di un altro a non far qualche cosa; se ciò che egli si è obbligato a non fare è qualche cosa di indivisibile, *puta*, s' egli si è obbligato verso del suo vicino a non impedirgli di passare pei suoi stabili, la contravvenzione fatta da un solo de' suoi eredi dà luogo all' azione del creditore contro tutti, perchè sia loro ciò proibito, e siano condannati nei danni ed interessi, con questa differenza, che colui il quale ha commessa la contravvenzione deve esservi condannato pel totale, *quia non tenetur tantum tanquam haeres, sed tanquam ipse et ex facto proprio*, e che gli altri eredi devono esservi condannati solamente in quanto alla porzione nella quale sono eredi, e salvo il loro regresso

contro a colui che ha fatta la contravvenzione, acciocchè sia tenuto a pagare per loro, e così a liberarli o ad indennizzarli se sono stati costretti a pagare. Essi non sono tenuti solidariamente come colui che ha contravvenuto, ma solamente per la loro porzione ereditaria, *quia tenentur tantum ut haeredes.* E' in questo senso che Dumoulin insegna doversi intendere la legge 2, §. 5, ff. *de verb. oblig. Si stipulatus fuero per te non fieri, neque per haeredem tuum quominus mihi ire agere liceat, et unus ex pluribus haeredibus prohibuerit; tenentur et cohaeredes ejus; sed familiae erciscundae repetent ab eo quod praestiterint.* Dumoulin, *part.* 3, *n.* 168 *e seg.* (*Cod. civ. art.* 1232 *et seg.*)

Del resto in faccia del creditore, quelli che non hanno contravvenuto sono tenuti per la loro parte alla contravvenzione del loro coerede: ed in questo le obbligazioni *in non faciendo* differiscono da quelle *in faciendo*: imperciocchè quando l' obbligazione consiste in far qualche cosa d'indivisibile, che non può farsi separatamente da ciascuno degli eredi del debitore, ma

che deve esser fatto da due insieme, e che l'uno dei due si presenta per farlo mentre l'altro rifiuta di concorrervi; noi abbiamo veduto di sopra, *n.* 335, che secondo il parere di Dumoulin, il creditore non ha azione contro colui che non era in mora, ma soltanto contro a quello che avea rifiutato di adempire l'obbligazione.

La ragione d'una tal diversità si è, che nelle obbligazioni *in faciendo* è la mora del debitore che dà luogo all'azione; dal che ne segue, ch'essa non può aver luogo contro a colui che è pronto, *quantum in se est*, ad adempire l'obbligazione, e che per conseguenza non è in mora. Al contrario nelle obbligazioni *in non faciendo* è il fatto istesso da cui il debitore ha promesso d'astenersi egli ed i suoi eredi, che dà luogo all'azione del creditore; e perciò basta che un solo degli eredi v'abbia mancato, perchè vi sia luogo all'azione contro tutti. Si deve supporre che tale sia stata l'intenzione de' contraenti, poichè altrimenti colui, verso del quale il debitore si è obbligato a non far qualche cosa, non sarebbe abbastanza sicuro, e accaderebbe sovente

che quando venisse fatto ciò che si stipulò non doversi fare, egli non potrebbe agire contro di alcuno, per non sapere chi l'avesse fatto, non essendo facile spesse volte, quando una cosa è fatta, il sapere chi ne fu l'autore, mentre invece nelle obbligazioni consistenti in far qualche cosa, non si può ignorare chi sia in mora di farla, per l'interpellazione che a questo vien fatta.

Dumoulin, *part.* 1, *n.* 27, dà, agli eredi che non hanno contravvenuto, l'eccezione d'escussione colla quale possono obbligare il creditore ad escutere da prima a loro rischio colui che ha contravvenuto.

CAPO V.

Delle obbligazioni penali.

338. L'obbligazione penale è quella, come noi abbiamo di già veduto, che nasce dalla clausola d'una convenzione colla quale una persona, per assicurare l'esecuzione di una prima obbligazione, s'obbliga, in guisa di pena, a qualche cosa in caso d'inesecuzione di questa obbligazione istessa.

(*Cod. civ. art.* 1226.) Se, per esempio, voi m' avete prestato un cavallo per fare un viaggio, ed io mi sono obbligato a rendervelo sano e salvo, ed a pagarvi cinquanta doppie se così non ve lo rendessi, quest' obbligazione da me contratta di pagarvi cinquanta doppie quando non vi renda sano e salvo il cavallo, è un'obbligazione penale.

Per trattare questa materia con ordine; dopo aver esposto nel primo articolo i principj generali sulla natura delle obbligazioni penali, vedremo nel secondo quando avvi luogo alla pena: esamineremo nel terzo se il debitore possa, soddisfacendo in parte alla sua obbligazione, evitare in parte la pena: discuteremo nel quarto se s' incorra nel totale della pena, e da tutti gli eredi del debitore, per la contravvenzione d'uno d'essi; e nel quinto se la contravvenzione incorsa da uno degli eredi del creditore, faccia incorrere nella pena tutti i detti eredi e pel totale.

ARTICOLO PRIMO.

Della natura delle obbligazioni penali.

Primo principio.

339. L'obbligazione penale essendo accessoria di sua natura ad un'obbligazione primitiva e principale, la nullità di questa trae con se la nullità della prima. La ragione di ciò si è, che è della natura delle cose accessorie di non poter sussistere senza la cosa principale: *quum causa principalis non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum obtinent*; leg. 129, §. 1, ff. *de regul. jur.* (*Cod. civ. art.* 1227). D'altronde l'obbligazione penale essendo l'obbligazione d'una pena stipulata in caso d'inesecuzione dell'obbligazione primitiva, se questa non è valida, quella non può aver luogo, non potendo darsi pena per l'inesecuzione di un'obbligazione, che non essendo valida, non ha nè potuto nè dovuto essere eseguita.

La legge 69, ff. *de verb. oblig.*, contiene un esempio della nostra decisione. Voi mi

avete promesso di darmi o di mostrarmi un certo schiavo, che ignorate esser morto, e di pagarmi una certa somma in guisa di pena, quando voi mancaste o di darmelo o di mostrarmelo. Ulpiano decide non essere l'obbligazione della pena più valida dell' obbligazione principale, la quale non può avere valore alcuno, essendo l'obbligazione di una cosa impossibile. *Si homo mortuus sisti non potest, nec poena rei impossibilis committetur, quemadmodum si quis stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur.*

340. Questo principio, che la nullità dell' obbligazione primitiva trae con se quella dell'obbligazione penale, soffre eccezione nel caso d'un' obbligazione, all' adempimento della quale colui verso di cui è stata contratta, non ha alcun interesse apprezzabile, puta, *cum quis alteri stipulatus est.* Noi abbiamo veduto qui sopra, n. 514, che un' obbligazione di tale specie è nulla; ma pure sarebbe valida l'obbligazione penale che si fosse aggiunta: *Alteri stipulari nemo potest . . . . Plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut nisi ita fa-*

cium sicut est comprehensum, committatur poenae stipulatio etiam ei cujus nihil interest etc. Instit. tit. *de inut. stip.* §. 18. La ragione di ciò si è, che l'obbligazione principale è nulla in questo caso soltanto, perchè il debitore può impunemente contravvenirvi, non avendo diritto colui verso del quale è stata contratta di pretendere i danni e gl'interessi per l'inesecuzione dell'obbligazione: ma l'obbligazione penale che vi è aggiunta purga questo vizio, ed impedisce al creditore di potervi contravvenire impunemente.

Egualmente, benchè non si possa promettere validamente il fatto altrui, pure l'obbligazion penale aggiunta ad una convenzione colla quale alcuno avesse promesso il fatto di un terzo, sarebbe valida, poichè la clausola penale dimostra, che colui che ha promesso non aveva semplicemente intenzione di promettere il fatto di questo terzo, ma di star cauzione per lui; e per conseguenza egli ha promesso, *non de alio, sed de se. Supra, n.* 56.

Frain, nella sua raccolta de' decreti del parlamento di Brettagna, ne riporta uno

de' 12 gennajo 1621, il quale ha giudicato secondo questo principio. Il parente di un canonico, che aveva offeso il vescovo di San Malò, aveva promesso al vescovo istesso che il canonico, durante quattro mesi, non comparirebbe nella città. Il caso essendo avvenuto, la convenzione fu giudicata valida, ed incorsa la pena.

Secondo principio.

341. La nullità dell'obbligazione penale non trae con se quella dell'obbligazione primitiva. La ragione si è, che l'accessorio non può, per verità, sussistere senza il principale; ma il principale non dipende dall'accessorio, e può sussistere senza di lui. Questo è quello che decide la legge 97, ff. *de verb. oblig. Si stipulatus sum te sisti, nisi stiteris, hippocentaurum dari, perinde erit atque si te sisti solummodo stipulatus essem*: e come dice Paolo nella legge 126, §. 3, *d. tit. Detracta prima stipulatione, prior manet utilis.* (*Cod. civ. art.* 1227.)

Terzo principio.

342. L'obbligazione penale ha per fine l' assicurare l' esecuzione dell' obbligazion principale.

Da ciò si deve concludere, che l'intenzione dei contraenti non è stata nè d' estinguere, nè di risolvere coll'obbligazione penale l'obbligazione principale, nè di rifonder questa nell' obbligazione penale; l. 122, §. 2, ff. *de verb. oblig.*

E' perciò, che sebbene siavi luogo all'obbligazione penale per la mora in cui fosse il debitore d' eseguire l' obbligazione principale, il creditore può, invece di domandare la pena stipulata, chiedere l'esecuzione dell' obbligazion principale; l. 28, ff. *de act. empt.* l. 122, §. 2, ff. *de verb. oblig. et passim.* (*Cod. civ. art.* 1228).

Perciò, quando stipulando una certa somma in caso d' inesecuzione di una prima obbligazione, l'intenzione delle parti si fu che appena il debitore fosse stato costituito in mora di soddisfare alla prima obbligazione, non dovesse più altra cosa fuorchè la som-

ina convenuta, una tale stipulazione non è una stipulazione penale; l'obbligazione che ne risulta non è *penale*, ma è principale egualmente come lo era la prima, della quale le parti hanno avuto intenzione di fare una novazione. E' di questo caso, che si parla nella legge 44, §. fin., ff. *de obl. et act.*

Relativamente alla questione di sapere quando si debba riputare che le parti abbiano avuta quest'intenzione di fare una novazione, vedete ciò che se ne dice *infra*, *part.* 3, *cap.* 4, *art.* 4, §. 2.

Quarto principio.

343. La pena è stipulata coll'intenzione di risarcire il creditore dall' inesecuzione dell'obbligazione principale: essa è per conseguenza un compenso dei danni ed interessi che soffre per l'inesecuzione dell' obbligazione principale istessa.

Ne segue da ciò, ch'egli in questo caso deve scegliere o di chiedere l'esecuzione dell'obbligazione principale o la pena; che egli deve accontentarsi o dell'una o dell'altra, e che non può esigerle tutte due.

Nulladimeno, siccome l'obbligazione penale non può pregiudicare in nulla all'obbligazione principale; così se la pena percepita dal creditore per l'inesecuzione dell'obbligazion principale, non lo risarcisse bastantemente, benchè egli avesse ricevuta questa pena, non lasciarebbe di poter domandare i danni ed interessi risultanti dall'innesecuzione dell'obbligazione principale, imputando e computando nei detti danni ed interessi la pena ch'egli ha già ricevuta. Questa è la decisione della legge 28, ff. *de act. empt.*; 41 et 42, ff. *pro socio.*

Il giudice però non deve esser facile ad ascoltare quel creditore, il quale pretende che la pena percepita non lo risarcisca sufficientemente dell'inesecuzione dell'obbligazione; imperciocchè le parti avendo, col fissare la pena, regolato e fissato da loro stesse i danni ed interessi che risulterebbero dall'inesecuzione della convenzione, il creditore dimandando dei danni ed interessi maggiori, sembra venir contro alla stima che ne ha fatta egli stesso; nel che sembra non ammissibile, a meno che non abbia la prova alla mano, che il danno da lui sof-

ferto eccede la pena convenuta; ciò che succederebbe nel caso seguente: Un mercante mi ha prestata la sua vettura, col obbligo ch'io gliela debba rendere per un certo giorno nel quale ne avrebbe bisogno ad oggetto di condurre le sue mercanzie ad una certa fiera, sotto pena di trenta lire se io mancassi di rendergliela pel giorno indicato; questo mercante a cui io ho promesso di renderla, può non accontentarsi della somma di trenta lire, s'egli ha la prova alla mano ch' è stato obbligato a prenderne una a nolo per cinquanta, e che il prezzo comune delle vetture per andare a questa fiera era della somma di cinquanta lire nel tempo in cui io doveva rendergli la sua. (*Codice civile, art.* 1229).

344. Nello stesso modo che la clausola penale non impedisce a quello che ha stipulata la pena l'azione nascente dall'obbligazione principale, così parimenti non gli impedisce le eccezioni ed i motivi d'inammissibilità che ne potrebbero risultare.

Se io, per esempio, ho convenuto con un minore divenuto maggiore, ch'egli non intenterà azione alcuna contro la vendita di

uno stabile da lui fattami in minor età, ed ho stipulata in via di pena una certa somma nel caso che contravvenisse alla convenzione; s'egli in seguito mi conviene in giudizio, onde rescindere una tale alienazione, la clausola penale inserita nel nostro contratto non impedirà ch'io possa opporre contro alla sua domanda il motivo d'inammissibilità risultante dall'obbligazion principale da lui contratta nella nostra convenzione, di non movere azione alcuna contro questa alienazione. Ma siccome colui che ha stipulata la pena non può percepire e la pena e ciò che è compreso nell'obbligazione principale, così se io uso del motivo d'inammissibilità, e che lo faccia dichiarare inammissibile, non potrò più esigere da lui la pena stipulata; e *viceversa*; se ho esatta da lui la pena, non potrò più usare del motivo d'inammissibilità. Questo è quello che risulta dalla legge 10, §. 1, ff. *de pact.*

La decisione di una tal legge non ha nulla di contrario a quella della legge 122, §. 6, ff. *de verb. oblig.*, riportata *infra*, nell'articolo seguente, *n.* 350. Quand'io

infatti feci una convenzione sotto una certa pena con voi, divenuto maggiore, che non intenterete azione alcuna contro la vendita d'uno stabile fattami da voi in minor età; l'oggetto di questa convenzione è di procurarmi la liberazione d'un'azione rescissoria, che voi effettivamente avete contro di me, per cui quando opponendovi il motivo d'inammissibilità risultante da questa convenzione, e facendovi per conseguenza dichiarare non ammissibile nella vostra azione, mi sono procurata la liberazione da quest'azione, io non posso più domandarvi la pena; altrimenti avrei insieme e la cosa e la pena, ciò che non può essere. Tale è il caso della legge, 10, §. 1, ff. *de pact.* che noi ora abbiamo riportata. Quello della legge 122 che viene opposta, è differentissimo. Dopo una divisione valida per se stessa, e non soggetta ad alcun' azione rescissoria, nel timore di sopportare una lite, benchè mal fondata, noi abbiamo convenuto, sotto una certa pena, di non intentare azione alcuna contro una tal divisione. L'oggetto di questa convenzione non è, come nel caso precedente, di procurarmi la liberazione di qual-

qualche azione rescissoria che' voi abbiate contro una tal divisione, poichè voi non ne avete alcuna; il solo oggetto di questa convenzione è di non sopportare una lite; ed è perciò, che se una me ne fu da voi mossa, benchè sia stato assolto dalla vostra domanda, si farà luogo alla pena: imperciocchè la sola cosa formante l'oggetto della nostra convenzione, essendo di non sopportare una lite, benchè mal fondata, avendomene voi fatta sopportar una, si può dire con verità che voi m' avete privato di ciò che formava l' oggetto della nostra convenzione, per lo che deve farsi luogo alla pena.

345. La nostra regola, che il creditore non può avere insieme la cosa principale e la pena, soffre qualche eccezione, e ciò non solo quando si è detto espressamente nella clausola penale, che mancando il debitore di soddisfare la sua obbligazione entro un certo tempo, la pena sarà incorsa e dovuta, senza pregiudizio dell' obbligazion principale, il che s' esprimeva con queste parole, *rato manente pacto*, leg. 16, ff. *de trans.*; ma anche tutte le volte che apparisce essersi stipulata la pena in riparazio-

ne di ciò, che il creditore deve soffrire, non dall'inesecuzione assoluta dell'obbligazione, ma dal semplice ritardo nell'esecuzione dell'obbligazione istessa: in questo caso infatti il creditore che ha sofferto il ritardo, può ricevere il principale e la pena.

Quinto principio.

346. La pena stipulata in caso d'inesecuzione d'un' obbligazione, può esser ridotta e moderata dal giudice, quando fosse eccessiva.

Questo principio è tratto da una decisione di Dumoulin, nel suo trattato *de eo quod interest*, *n.* 156 *et seq.* Egli la fonda su ciò, che la natura della pena è di tener luogo di que'danni ed interessi, che il creditore potrebbe pretendere in caso d'inesecuzione dell'obbligazione: dunque, egli dice, nel modo istesso, che quando il creditore fa ammontare ad una somma eccessiva i danni ed interessi che pretende soffrire dall'inesecuzione dell'obbligazione, il giudice deve ridurli, e nel modo istesso pur anche che la legge unica, *Cod. de*

sent. quae pro eo quod interest prof. non permette ch'eccedano il doppio del valore della cosa formante l'oggetto della primitiva obbligazione; egualmente quando la pena stipulata in luogo de' danni ed interessi è eccessiva, deve esser ridotta; imperciocchè questa pena può bensì eccedere la somma a cui ammontano i danni ed interessi, ed esser anche dovuta nel caso in cui il creditore non ne soffrisse alcuno, essendo stata stipulata ad oggetto d' evitare la discussione di fatto, se il creditore abbia effettivamente sofferto, ed a quanto ammonti quel che ha sofferto; ma tenendo luogo de' danni ed interessi del creditore, è contro alla di lei natura che possa esser portata al di là dei limiti prescritti dalla legge ai danni ed interessi. Se la legge infatti qui sopra citata li restringe, e non permette che siano pretesi *ultra duplum*, anche nel caso in cui l'inesecuzione del contratto avesse effettivamente cagionato una più gran perdita al creditore, che in questo modo si trova *versari in damno*; a maggior ragione si deve moderare la pena eccessiva, a cui il debitore si è temerariamente sottomesso, quando

il creditore non ha sofferto perdita alcuna, o ne ha sofferta una molto al dissotto della pena stipulata; e per conseguenza nel caso in cui *certat de lucro captando.* Infine Dumoulin si fonda sul testo della detta legge unica, *Cod de sent. pro eo quod interest, etc.*, la quale nella generalità de' suoi termini sembra comprendere *interesse conventionale,* egualmente come tutte le altre specie di danni ed interessi.

Azon è d' opinione contraria a quella di Dumoulin, e decide che una pena convenzionale stipulata in luogo de' danni ed interessi, non è soggetta a moderazione alcuna. Si può dire a sostegno d' una tale opinione, ch' avvi una differenza tra l' interesse convenzionale, ed i danni ed interessi non regolati dal contratto. Riguardo a questi, è bensì vero che il debitore, avendo contratta l' obbligazione primitiva, si reputa aver contratta anche la secondaria de' danni ed interessi che risultassero dall' inesecuzione della primitiva; ma avvi luogo a presumere, che non abbia inteso d' obbligarvisi *in immensum*, ma solamente *intra justum modum*, e sino alla concorrenza della som-

ma, alla quale era verosimile che potessero ammontare. Ma non si può dire lo stesso dell'interesse convenzionale, poichè *ubi est evidens voluntas, non relinquitur praesumptioni locus*. Per quanto eccessiva sia la somma stipulata in guisa di pena nel caso d'inescecuzione della convenzione, il debitore non può contrastare d'aver inteso d'obbligarvisi, quando la clausola del contratto è espressa. Nonostante tali ragioni, la decisione di Dumoulin sembra la più equa. Quando un debitore si sottomette ad una pena eccessiva in caso d'inesecuzione dell' obbligazion primitiva che contrae, avvi luogo a presumere, che il faccia nella falsa confidenza di non mancare a quest'obbligazion primitiva; che a nulla creda egli d'obbligarsi sottomettendosi ad una tal pena, e che sarebbe nella disposizione di non sottomettervisi, se credesse che il caso potesse arrivare; che in tal modo il consenso da lui dato all'obbligazione d'una pena tanto eccessiva, essendo un consenso fondato su di un errore, e su di un' illusione ch'egli si è fatta, non è un consenso valido: ed è perciò, che queste pene eccessive devono

essere ridotte al più alto valor verisimile, al quale possono ammontare i danni ed interessi del creditore, risultanti dall'inesecuzione dell'obbligazion primitiva. Questa decisione deve aver luogo ne' contratti commutativi, poichè l'equità che deve regnare in questi contratti, non permettendo ad una delle parti d'approfittare ed arricchirsi a spese dell'altra, sarebbe a lei contrario che il creditore arricchisse a spese del debitore, esigendo da lui una pena troppo eccessiva, e troppo manifestamente al di sopra di ciò che ha sofferto, per l'inesecuzione dell'obbligazion primitiva. L'istessa decisione deve parimenti aver luogo nelle donazioni, *cum nemini sua liberalitas debeat esse captiosa.*

Il testo delle instituzioni, al titolo *de inut. stip.* §. 20, egualmente come la legge 38, §. 17, ff. *de verb. oblig.* non decidono niente in contrario all'opinione di Dumoulin: imperciocchè da ciò che ivi è detto: *poenam cum quis stipulatur, non inspicitur quod intersit ejus, sed quae sit quantitas in conditione stipulationis*, ne segue solamente che la pena può esser dovuta, benchè colui

che l'ha stipulata non soffra nulla dall'inesecuzione dell'obbligazione primitiva, o soffra meno; ma non ne segue in niun modo, che questa pena possa essere immensa, e non aver proporzione alcuna con ciò che forma l'oggetto dell'obbligazione primitiva.

Riguardo alla legge 56, *de evict.*, la quale suppone, che si possa in un contratto di vendita stipulare la restituzione del triplo od anche del quadruplo del prezzo in caso d'evizione, vi si risponde diversamente. Noodt pretende, che le parole *triplum aut quadruplum* siano una cattiva glosa, la quale non è del testo, e che deve esser levata. Dumoulin, *ibid. n.* 167 *et seq.* risponde meglio dicendo, che in questa legge non si tratta di ciò, che si può validamente stipulare in caso d'evizione, e che non si deve quindi concludere, che si possa sempre ed indistintamente in tutti i contratti di vendita validamente stipulare la restituzione del triplo o del quadruplo del prezzo in caso d'evizione; ma che si deve concludere soltanto, che questa stipulazione può aver luogo qualche volta ne' contratti di vendita; e ciò in quei casi in cui una

cosa è stata venduta, non puramente e semplicemente, ma in certe circostanze in cui il compratore corra rischio di soffrire una grave perdita negli altri suoi beni in caso d'evizione della cosa venduta; il qual rischio sia stato preveduto e conosciuto dalle parti contraenti, come nel caso seguente: Io vendo ad un mercante poco tempo prima della fiera una bottega, colla dichiarazione nel contratto, che questa è per riporvi le sue mercanzie. Il rischio, che corre il compratore, in caso d'evizione nel tempo della fiera, di non trovare nella fiera istessa botteghe nè da vendere nè d'affittarsi, e per conseguenza di non poter esitare le sue mercanzie, è il rischio d'un danno preveduto da' contraenti al tempo del contratto, il quale può sorpassare di molto il prezzo della bottega, ed al quale il venditore si sottomette; per lo che in questo caso i danni ed interessi, anche non fissati nel contratto, potrebbero esser stimati al di là del doppio, del triplo, e del quadruplo della cosa venduta. Egualmente adunque si può nello stesso caso stipulare una pena al di là del doppio del prezzo della cosa;

e la pena non può essere giudicata eccessiva, per non essere proporzionata al prezzo della cosa venduta, poichè essa lo è al danno sofferto dal compratore di non aver potuto esitare le sue mercanzie, ed è appunto per tener luogo di questo danno che fu stipulata.

(Il Codice civile autorizza il giudice a modificare la pena, quando l'obbligazione principale sia stata in parte eseguita. *Art.* 1231.)

347. Resta ad osservarsi, che se la pena la quale tien luogo de' danni ed interessi ordinarj è riducibile quand'è eccessiva, a maggior ragione le pene stipulate in caso di mancanza al pagamento di una somma di denaro o d'altra cosa che si consumi coll'uso, devono essere ridotte al legittimo limite degl' interessi di cui tengono luogo, od anche intieramente rigettate, nei casi in cui non è permesso di stipularne. (La stipulazione degl' interessi deve esser eseguita oggigiorno in tutta la sua estensione, quando è stabilita per iscritto. *Cod. civ. art.* 1907.)

Articolo II.

Quando si faccia luogo all' obbligazione penale.

§. I.

Del caso in cui la clausola penale sia stata aggiunta all' obbligazione di non fare qualche cosa.

348. E' evidente in questo caso, che si fa luogo all' obbligazione penale, e che la pena è dovuta, dall' istante in cui quegli, che si era obbligato sotto questa pena a non far qualche cosa, ha fatto ciò che si era obbligato di non fare.

349. E' egli necessario che quel fatto il quale dà luogo all' obbligazione penale abbia avuto effetto? Questo dipende dall' intenzione delle parti.

Supponiamo, che in fine d' un atto di divisione o di transazione da noi fatto, ci siamo promessi reciprocamente di non intentarvi contro azione alcuna, sotto pena

dal lato del contravventore di pagare una certa somma all'altro; e che dopo voi abbiate spiegata contro di me una domanda per far dichiarare nullo l'atto. Questa domanda benchè non abbia effetto e venga rigettata, darà luogo alla pena contro di voi; *arg.* L. 122, §. 6, ff. *de verb. oblig.* La ragione di ciò si è, che stipulando sotto una certa pena, che voi non intenterete azione alcuna contro l'atto, io non ho inteso precisamente che voi non porterete alcun pregiudizio a quest'atto, il quale essendo per se stesso valido, non ne sarebbe suscettibile, anche quando io non l'avessi stipulato: ma quello ch'io ho inteso di stipulare, era piuttosto che voi non mi fareste una lite. Basta dunque che voi m'abbiate fatta questa lite, acciocchè si faccia luogo alla pena sebbene siate rimasto soccombente. Nè si può dire in questo caso, ch'io mi faccia pagare insieme e l'obbligazione principale e la pena, il che sarebbe contrario al quarto principio da noi stabilito nell'articolo precedente: imperciocchè l'obbligazione principale da voi contratta verso di me, di non intentare azione alcuna

contro l'atto, ed alla quale è annessa l'obbligazion penale, aveva per oggetto che voi non mi movereste lite alcuna: ora io non sono stato soddisfatto, poichè voi me ne avete fatta sopportare una; posso dunque esigere la pena.

Al contrario se ho stipulato sotto una certa pena, che voi non affitterete la vostra casa, vicina a quella da me occupata, ad alcun artista il quale si serva di martello, l'affitto che voi ne aveste fatto ad un chiavajuolo, non darebbe luogo alla pena, qualora non venisse eseguito: poichè ciò, ch'io m'era proposto stipulando con voi una tal cosa, era che non mi cagionereste l'incomodo del rumore, che fanno questi artisti. L' affitto non essendo stato eseguito non m'ha cagionato alcun incomodo; egli non deve adunque dar luogo alla pena.

Per l' istessa ragione Papiniano decide nella legge 6, ff. *de serv. export.*, che quando uno schiavo è stato venduto a condizione che il compratore non lo liberi, e sotto una certa pena in caso che lo facesse, l'atto di liberazione nullo non dà luogo alla pena.

§. II.

Del caso in cui la clausola penale è stata aggiunta all' obbligazione di dare o di far qualche cosa.

350. In questo caso avvi luogo alla pena, quando il debitore è stato costituito in mora di dare o di fare ciò, che ha promesso. Le leggi romane distinguono, se la convenzione contenga un termine prefisso entro al quale il debitore debba dare o fare ciò che fu convenuto, o se non lo contenga. Nel primo caso decidono, che la pena è dovuta di pien diritto subito dopo spirato il termine, senza bisogno che sia fatta alcuna interpellazione al debitore; e che questi non può esserne liberato offrendo, dopo spirato il termine, di soddisfare all' obbligazione principale; leg. 23, ff. *de obl. et act.*

Lo spirare del termine sembrava ai romani giureconsulti tanto sufficiente per dar luogo alla pena, senza bisogno di costituire altrimenti in mora il debitore, che vi si

faceva luogo anche nel caso in cui il debitore fosse morto prima senza lasciare alcun erede, e per conseguenza, sebbene non si trovasse persona alcuna, la quale potesse essere costituita in mora. Tale è la decisione della legge 77, ff. *de verb. oblig.*

Ma v'ha di più: la legge 113, ff. *de verb. oblig.* decide, che quando l'obbligazione a cui la clausola penale fu aggiunta, consiste in fare entro un certo termine qualche opera, la di cui costruzione esige un certo tempo, la pena è dovuta anche prima dello spirare del termine, subito che diventa certo, che l'opera non può esser fatta nel termine prefisso; in modo tale che la proroga del termine accordata dopo al debitore, non lo libererebbe dalla pena incorsa prima di questa proroga.

Nel secondo caso, quando cioè l'obbligazione di dare o di fare qualche cosa non contiene alcun termine fisso, la legge 122, §. 2 decide, che si fa luogo alla pena soltanto per la contestazione della lite, dietro la domanda del creditore.

Secondo gli usi nostri, sia che l'obbliga-

zione primitiva contenga un termine entro al quale debba essere soddisfatta, sia che non ne contenga alcuno, abbisogna ordinariamente (1) una interpellazione giudiziale per costituire in mora il debitore, e per dar luogo in conseguenza alla pena. (*Cod. civ. art.* 1230.)

Resta da osservare, che non può aver luogo la pena, quando è pel fatto del creditore, che il debitore fu impedito di soddisfare alla sua obbligazione. L. 122, §. 3, *de verb. oblig.*

ARTICOLO III.

Se il debitore possa, col soddisfare in parte la sua obbligazione, evitare in parte la pena.

351. Un debitore non può pagare al suo creditore, contro la volontà di questo, una

---

(1) Ho detto *ordinariamente*, poichè vi sono dei casi in cui la pena al pari de' danni ed interessi possono incorrersi senza interpellazione; *supra n.* 147.

parte di ciò che gli deve, sintantochè la sua obbligazione, benchè divisibile, è ancora indivisa, come noi lo vedremo *infra*, *part.* 3, *cap.* 1, *art.* 3, §. 2: perciò, le offerte da lui fatte al suo creditore di pagargli parte di ciò che gli deve, non possono evitargli alcuna parte della pena stipulata in caso d'inesecuzione, se il creditore rifiuta il pagamento parziale.

Ma se il creditore ha volontariamente ricevuto parte del suo debito, si farà luogo al totale della pena, in caso di mancanza del pagamento di quella porzione di cosa che resta a pagarsi? Ulpiano, nella legge 9, §. 1, ff. *Si quis caution. in jud.* decide, che sebbene secondo la sottigliezza del diritto possa sembrare che la pena in questo caso debba essere incorsa pel totale, nulladimeno è più equo il ritenere, che sia incorso soltanto per quella parte istessa dell'obbligazione principale che rimane da pagarsi. La vera ragione di una tal decisione è quella dataci da Dumoulin, e che noi abbiamo qui sopra riportata, cioè che la pena riputandosi promessa pel risarcimento dell'inesecuzione dell' obbligazione principale, il creditore

ditore non può ricevere l'una e l'altra. Quando dunque è stato pagato per una parte dell' obbligazion principale, non può più ricevere la pena per questa parte, altrimenti riceverebbe e l'una e l'altra, ciò che non deve mai accadere. Questa è la decima chiave di Dumoulin, nel suo trattato *de divid. et indiv. p. 3, n.* 112. *In omnibus sive individuis sive dividuis, poena non committitur, nisi pro parte contraventionis efficaci, nec potest exigi cum principali; sed creditor non tenetur partem principalis et partem poene accipere* (*Cod. civ. art.* 1231).

Ciò si rischiarerà con un esempio. Vendendomi un podere privo del bestiame necessario per coltivarlo, voi vi siete obbligato a fornirmi due paja di bovi, sotto pena di cinquecento lire di danni ed interessi, nel caso in cui mancaste di fornirmeli. Voi non potrete obbligarmi in questo caso a ricevere un pajo di bovi non essendo obbligato a ricevere una porzione di ciò che m'è dovuto; e conseguentemente le offerte di un pajo di bovi da voi fattemi, se io non li voglio ricevere, non impediranno che voi siate tenuto verso di me all' intiera pena di cin-

quecento lire. Ma se io ho volontariamente ricevuto uno dei due paja di bovi, che voi mi dovete, per la vostra mancanza di fornirmi l'altro pajo, potrò domandarvi soltanto la metà della pena; imperciocchè avendo ricevuto una parte di ciò che formava l'oggetto dell'obbligazion principale, non posso avere l'intiera pena, non potendo avere l'uno e l'altra.

352. Il nostro principio, che la pena è dovuta soltanto in proporzione, e per quella parte per cui l'obbligazione principale non fu eseguita, ha luogo egualmente, sia che voi vi siate obbligato ad una tal pena in caso che facciate la tal cosa, sia che me l'abbiate promessa nel caso in cui la tal cosa sia fatta da un terzo. Se, per esempio, voi avete promesso, sotto pena di pagarmi cento scudi, che Pietro non rivendicherà da me un certo stabile, la pena sarà dovuta soltanto per metà se Pietro non lo rivendicherà che per metà; a meno che non apparisca un'intenzione contraria nelle parti. *Molin. ibid. p.* 3, *n.* 531.

353. Queste decisioni hanno luogo sopra tutto riguardo alle obbligazioni di cose di-

visibili. Sebbene però sembri ch' esse non possano avere applicazione alcuna alle obbligazioni di cose indivisibili, pure vi si applicano qualche volta.

1.° Sebbene l' esercizio di una servitù prediale sia qualche cosa d' indivisibile, e per conseguenza l' obbligazione contratta dal possessore del fondo serviente, di soffrire l' esercizio della servitù, sia un' obbligazione indivisibile; nulladimeno, quando questa servitù è limitata ad un certo fine pel quale è stata costituita, ed il quale si risolve in qualche cosa di divisibile, la pena si dividerà se questo fine sarà in parte adempito, ed avrà luogo soltanto in quanto alla parte in cui non fu adempito. Ciò si rischiarerà con un esempio.

Io ho uno stabile, che ha un diritto di servitù sul vostro, il qual diritto consiste nell' essere tenuti i possessori del fondo serviente a soffrire che al tempo delle vendemmie le mie genti trasportino la mia vendemmia pel loro stabile, sotto pena di 100 scudi in caso che venga turbato il mio diritto di servitù. In questo caso, se dopo aver lasciata passare la metà della mia ven-

dammia, voi m'avete impedito il trasporto del di più pel vostro stabile, avete incorsa la pena di cento scudi soltanto per metà: imperciocchè sebbene la servitù di passaggio sia indivisibile, e l'obbligazione di soffrire l'esercizio di questa servitù sia l'obbligazione di qualche cosa d'indivisibile, nulladimeno siccome questa servitù è limitata ad un fine, il quale è il trasporto della mia vendemmia, e la mia vendemmia è qualche cosa di divisibile, non si può contrastare che io ho goduto in parte del fine per cui la servitù è stata imposta, e che voi avete permesso ch'io ne goda, lasciandomi trasportare pel vostro fondo la metà della mia vendemmia. Non potrò dunque domandare che la metà della pena, poichè io non posso percepire la pena pel totale, e godere in parte dell'utilità del mio diritto di servitù; giacchè io non posso avere insieme e l'una e l'altro. Questo è quello che insegna Dumoulin nel caso da noi riportato; *quia*, egli dice, *haec servitus de se individua, dividuatur ex accidenti, et ex fine dividuo .... et debet judicari secundum regulam dividuorum*; p. 3, *n.* 363.

354. 2.° I nostri principj ricevono pure qualche applicazione, anche riguardo alle obbligazioni indivisibili, nel caso seguente ed altri simili: voi vi siete obbligato con un contratto, sotto ad una certa pena, a farmi costituire un diritto di servitù di passaggio su di un fondo di cui voi avete l'usufrutto, e che è vicino al mio, promettendo ciò pei proprietarj. Tre dei proprietarj ratificano, ed un solo rifiuta d'imporre la servitù. La pena per verità m'è dovuta per intiero; poichè il rifiuto d'un sol proprietario d'imporre la servitù, impedisce totalmente ch'essa sia imposta, non ostante la ratificazione degli altri tre, non potendo essere imposto in parte un diritto di servitù, e non potendo per conseguenza essere imposto che da tutt'i proprietarj: ma siccome questa ratifica benchè sia intieramente inutile per imporre un diritto reale di servitù sullo stabile, ha nulladimeno un effetto, il quale consiste nell'obbligare personalmente colui che ha ratificato a lasciarmi passare, così io non posso esigere tutta la pena, che desistendo dal mio diritto risultante da questa obbligazione; altrimenti non ne potrei

esigere che una parte non potendo percepire l'intiera pena, e nel tempo istesso qualche cosa dell' obbligazinne principale. *Molin. part.* 3, *n.* 472 *et* 473.

355. Il nostro principio, che la pena è dovuta soltanto in proporzione della parte per la quale non fu eseguita l'obbligazione principale, ha luogo quand' anche la pena consistesse in qualche cosa d'indivisibile. *Finge.* Io vi ho venduto uno stabile di cui voi m'avete pagato il prezzo all'istante, eccettuate solamente cinquanta doppie, che vi siete obbligato a pagarmi entro un anno; e si è tra di noi convenuto, che in mancanza del pagamento di questa somma, voi mi accorderete in di lei vece un diritto di prospetto su di una casa a voi appartenente, situata vicino alla mia. Se io dopo ho ricevuto da voi sole venticinque doppie per la mancanza del pagamento del di più, non posso esigere la pena pel totale, ma soltanto per quella metà nella quale l'obbligazione principale non è stata eseguita: e siccome la pena consiste in un diritto di servitù, che è qualche cosa d'indivisibile, e di non suscettibile di parti, così converrà

che io nel domandarvi che m' accordiate questo diritto di servitù, m' offra a pagarvi la metà del suo valore, essendomi dovuta la pena soltanto per metà. *Molin. part. 3. n.* 523, *e seg.* Vedete *supra*

ARTICOLO IV.

Se la pena s' incorra pel totale, e da tutti gli eredi del debitore, per la contravvenzione d' uno d' essi.

Bisogna distinguere a questo proposito le obbligazioni indivisibili dalle obbligazioni divisibili.

§. I.

Decisione della questione riguardo alle obbligazioni indivisibili.

356. Quando l' obbligazione primitiva che fu contratta sotto una clausola penale, è l' obbligazione di una cosa indivisibile, la contravvenzione fatta a questa obbligazione da un solo degli eredi del debitore dà

luogo a tutta la pena, non solamente contro a colui che commise la contravvenzione, ma anche contro a tutti i suoi coeredi, i quali sono tenuti a questa pena per quella parte istessa in cui sono eredi; salvo il loro regresso contro a chi, colla sua contravvenzione ha dato luogo alla pena, per essere da lui indennizzati. (*Cod. civ. art.* 1232.)

Qualcuno, per esempio, s'è obbligato verso di me a lasciarmi passare sul suo fondo contiguo alla casa da me occupata sintanto che io occuperò questa casa, sotto pena di dieci lire di danni ed interessi in caso d'impedimento. Se uno degli eredi del mio debitore mi chiude il passaggio, sebbene senza la partecipazione e contro alla volontà de'suoi coeredi, l'intiera pena di dieci lire sarà incorsa, e lo sarà da ciascuno degli eredi del mio debitore, i quali tutti ne saranno tenuti in proporzione delle loro parti ereditarie: imperciocchè ciò che forma l'oggetto dell'obbligazione primitiva essendo indivisibile e non suscettibile di parti, la contravvenzione a quest'obbligazione commessa da uno degli eredi del debitore è una contravvenzione all'obbligazione intiera;

essa deve per conseguenza far incorrere nell' intiera pena tutti quelli che vi sono tenuti come eredi di quel debitore, il quale si è obbligato a questa pena in caso di contravvenzione.

Tale è la decisione di Catone nella legge 4, §. 1, ff. *de verb. oblig. Cato scribit: Poena certae pecuniae promissa, si quid aliter sit factum, mortuo promissore, si ex pluribus haeredibus unus contra quam cautum sit, fecerit, aut ab omnibus haeredibus poenam committi pro portione haereditaria, aut ab uno pro portione sua: ab omnibus, si id factum de quo cautum est, individuum sit, veluti iter fieri; quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodam modo factum videtur.* E più sotto: *Omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari poterit, illam stipulationem per te non fieri quominus mihi ire, agere liceat.*

Il giureconsulto Paolo decide egualmente nella legge 85, §. 3, ff. *d. tit. Quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor*: ed aggiunge, *sed caeteri familiae erciscundae judicio sarcient damnum.*

Gli eredi essendo tenuti alla pena sol-

tanto per quella parte in cui sono eredi, differiscono in questo da' debitori solidarj, i quali nel modo istesso che sono debitori di tutto ciò che forma l'oggetto dell'obbligazione principale, lo sono ancora di tutta la pena, allorchè in questa è incorso alcuno di essi.

357. Ma il creditore potrà domandare l'intiera pena a colui, che ha commessa la contravvenzione? La ragione di dubitare nasce dal non essere ciò espresso dalla legge, la quale anzi dice al contrario, che la pena è dovuta da tutti gli eredi, per la loro porzione ereditaria soltanto. Si aggiunga, che la contravvenzione dell'erede dà luogo alla pena solamente perchè questa contravvenzione è come la condizione sotto la quale l'obbligazione della pena fu contratta dal defunto: il debito della pena adunque contratto dal defunto, essendo un debito del defunto, ed un debito divisibile, l'erede può esserne tenuto soltanto per quella porzione in cui è erede, e nella quale succede in questa qualità ai debiti del defunto.

Ciò nulla ostante conviene decidere, che

l'erede contravvenendo all'obbligazione indivisibile contratta dal defunto, divien debitore della pena pel totale. Non si può dubitare ch'egli ne sia tenuto almeno obbliquamente ed indirettamente: imperciocchè essendo tenuto d'indennizzare i suoi eredi delle porzioni a cui rimangono obbligati, per evitare un circuito d'azioni, il creditore deve essere ammesso a domandargli la pena, non solamente per la sua parte, ma per quella anche de' suoi coeredi che da lui dovrebbero essere indennizzati, ed in conseguenza pel totale.

Dumoulin, *part.* 3, *n.* 173 *et* 174, *et passim alibi*, va più lungi, e sostiene che questo erede deve la pena pel totale non solo obbliquamente, ma anche direttamente, poichè l'obbligazione primitiva essendo supposta indivisibile, egli ne è debitore pel totale, e debitore sotto alla pena convenuta. Ora la sua contravvenzione ad un'obbligazione, a cui è tenuto pel totale, deve farlo incorrere nel totale della pena. Ciò si prova con un argomento tratto dalla legge 9, ff. *depos.*, che noi abbiamo riportata qui sopra. In questa viene deciso, che l'e-

rede in parte di un depositario, il quale col suo fatto ha cagionato la perdita della cosa depositata al defunto, è tenuto pel totale de' danni ed interessi verso di colui che l'ha depositata. Infatti, benchè l'obbligazione principale di restituire la cosa depositata sia divisibile, l'obbligazione accessoria della prestazione della buona fede per la conservazione della cosa depositata è un'obbligazione indivisibile, alla quale ciascuno degli eredi del depositario è tenuto pel totale, e che lo rende debitore pel totale de' danni ed interessi del creditore quando si contravviene. Se un erede in parte adunque, il quale contravviene col suo fatto ad un'obbligazione indivisibile del defunto, è debitore pel totale de' danni ed interessi, deve esserlo parimenti pel totale della pena, poichè la pena tien luogo dei danni ed interessi, e ne è soltanto una liquidazione convenuta dalle parti istesse. Tale è il ragionamento di Dumoulin.

Riguardo alla prima obbiezione, tratta dal paragrafo *Cato*, eccone la risposta. Quando Catone decide che nelle obbligazioni indivisibili la contravvenzione com-

messa da uno degli eredi fa incorrere la pena contro ciascuno d'essi per le loro porzioni ereditarie, egli intende di parlare soltanto degli eredi che non hanno partecipato alla contravvenzione. Riguardo poi alla seconda obbiezione la quale consiste in dire che l'obbligazione della pena essendo un'obbligazione divisibile contratta dal defunto, ciascun'erede può esservi tenuto in quella parte soltanto in cui è erede; Dumoulin risponde, che questo è vero quando l'erede è tenuto soltanto come erede, *tanquam haeres*; ma quando egli è tenuto *ut ipse et ex proprio facto*, lo è pel totale; e questa è una delle sue chiavi per decidere le questioni su di questa materia: *Aliud est teneri haeredem ut haeredem, aliud teneri ut ipsum. Tract. de divid. ed individ. part.* 3, *n.* 5, *e* 112.

358. Se quando la contravvenzione ad un'obbligazione indivisibile è fatta da uno degli eredi del debitore, questo è tenuto al totale della pena, bisogna decidere per la stessa ragione, che se la contravvenzione è stata fatta da più eredi, ciascuno d'essi è solidariamente tenuto alla pena: impercioc-

chè le contravvenzioni de' suoi coeredi non diminuiscono la sua. *Nec qui peccavit, ex eo relevari debet, quod peccati consortem habuit: multitudo peccantium non exonerat, sed potius aggravat.* Molin. *ibid. part.* 3, *n.* 148.

359. Tutto ciò che noi abbiamo detto in questo paragrafo riguardo agli eredi del debitore di un debito indivisibile, può essere applicato egualmente riguardo a più debitori principali, i quali abbiano insieme e senza solidarietà contratta un'obbligazione indivisibile: la contravvenzione fatta da uno d'essi obbliga gli altri alla prestazione della pena, ciascuno per la sua parte virile, salvo il loro regresso, ed obbliga pel totale quello che l'ha commessa. Quando la contravvenzione fu commessa da più, obbliga tutti solidariamente.

§. II.

Decisione della questione riguardo alle obbligazioni divisibili.

360. Quando l' obbligazione primitiva, contratta sotto una clausola penale, è l'obbligazione di un fatto divisibile, Catone nel paragrafo qui sopra citato sembra decidere, che quello fra gli eredi del debitore che contravviene a quest' obbligazione incorre solo nella pena, per quella parte in cui è erede: *si de eo cautum sit quod divisionem recipiat, veluti amplius non agi, eum haeredem qui adversus ea facit, pro portione sua solum poenam committere.* (*Cod. civ. art.* 1233.)

Il caso deciso dalla legge può supporsi in questo modo: uno si è obbligato verso di me, sotto pena di trecento lire, ad acquietarsi alla sentenza di un arbitro colla quale era stata rigettata una sua domanda spiegata contro di me, perchè si credeva mio creditore di dieci moggia di grano. Uno de' suoi eredi, a lui succeduto in una

quinta parte della sua facoltà, ha rinnovellata la contestazione contro la fede di una tal convenzione, e m' ha domandata la quinta parte dei dieci moggia di grano, che l'arbitro aveva giudicato non essere da me dovuti; egli incorre solo nella pena convenuta, e l' incorre solamente per quella quinta parte in cui è erede. La ragione di ciò si è, che l' obbligazione è divisibile; e questo erede avendo potuto contravvenirvi soltanto per la parte alla quale egli vi è tenuto, deve essere tenuto egualmente alla pena soltanto per questa parte. I suoi coeredi, che lungi dal contravvenire ad una tale obbligazione, vi hanno dal canto loro soddisfatto, acquietandosi alla sentenza dell' arbitro, non possono esser tenuti a questa pena: il creditore infatti, essendo soddisfatto dell' obbligazion principale in quanto ad essi, non può esigere la loro parte nella pena, non dovendo essere insieme pagato e dell' obbligazione principale e della pena, come l' abbiamo veduto qui sopra, n. 343 *e seg.*

Il paragrafo 4, *si sortem*, della legge 5, *d. tit.*, sembra contrario a questa decisione di

di Catone. In esso si decide, che quando uno degli eredi del debitore ha soddisfatto all'obbligazione per quella parte a cui era tenuto, non lascia d'incorrere nella pena, se il suo coerede non vi ha egualmente soddisfatto; salvo a lui il regresso contro questo coerede, che lo ha fatto incorrere nella pena col non soddisfare alla sua parte d'obbligazione: *Si sortem promiseris, et si ea soluta non esset, poenam; etiamsi unus ex haeredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilominus poenam commitet, donec portio cohaeredis solvatur ..... Sed a cohaerede ei satisfieri debet; nec enim aliud in his stipulationibus sine injuria stipulatoris constitui potest.*

Gl' interpreti tanto antichi come moderni, si sono sforzati di conciliare questi due testi; e Dumoulin riporta diverse conciliazioni d' antichi interpreti, ch' egli tutte rifiuta.

Bisogna a questo proposito attenersi a quelle di Cujaccio e di Dumoulin, *tract. de div. et ind. p. 2, n.* 62 *et seq.* che devonsi riunire in una, e dire: Quando l' obbligazione è indivisibile *tam solutione quam obli-*

gatione; quando l' intenzione delle parti nell' aggiungere la clausola penale fu soltanto di assicurare l' esecuzione dell' obbligazione, e non d' impedire che il pagamento possa farsi per parti dai diversi eredi del debitore; sopra tutto quando il fatto che forma l' oggetto dell' obbligazion primitiva è tale, che ciascun erede del debitore può soltanto adempirlo per quella parte in cui è erede; in questo caso la decisione di Catone deve aver luogo; quello fra gli eredi del debitore che contravviene all' obbligazione deve incorrere solo nella pena, e per la parte soltanto in cui è erede. Il fatto riportato nel caso del paragrafo *Cato, amplius non agi*, è uno di questi fatti divisibili *tam solutione, quam obligatione*, e che per la natura delle cose possono adempirsi dai diversi eredi di colui che ha contratta l'obbligazione soltanto per la parte in cui ciascuno è erede; poichè ognuno di questi eredi succedendo solamente per la sua parte ai diritti ed alle pretese che il defunto obbligossi a non esercitare, ognuno degli eredi istessi può contravvenire a questa obbligazione od eseguirla per la sua parte

soltanto, rinnovellando o non rinnovellando questa pretesa per quella parte ch' egli vi ha.

Al contrario, quando l'obbligazione è divisibile bensì *quoad obligationem*, ma indivisibile *quoad solutionem*, e che l'intenzione delle parti è stata, aggiungendo la clausola penale, che il pagamento possa farsi solamente pel totale e non per parti; ciascuno degli eredi, col soddisfare per sua parte all' obbligazione primitiva, non eviterà d'incorrere nella pena; ed a questo caso si deve restringere il paragrafo *si sortem*, che in tal modo viene a conciliarsi col paragrafo *Cato*.

Dumoulin, *p.* 1, *n.* 72, adduce per esempio della decisione del paragrafo *si sortem*, il caso di un negoziante, il quale abbia stipulato dal suo debitore una certa somma in guisa di pena, nel caso in cui la somma principale a lui dovuta non gli fosse rimessa in un certo luogo, al tempo di una certa fiera. Le offerte fatte di rimettergli una parte della detta somma non devono impedire che la pena sia dovuta pel totale, se si è mancato d'offrire il totale; poichè questo

negoziante non potendo fare gli affari suoi nella fiera, che col totale della somma a lui dovuta, l'intenzione delle parti, stipulando la pena, è stata, ch' essa s' incorresse pel totale in mancanza del totale pagamento della somma dovuta, e non ostante il pagamento parziale che ne venisse fatto: imperciocchè questo pagamento parziale non può riparare nemmeno in parte al danno sofferto dal creditore pel ritardo del pagamento del di più; ed è appunto per la riparazione di un tal danno che fu stipulata la pena. Osservate parimenti, che nel caso del paragrafo *si sortem*, la pena è stipulata pel ritardo dell'esecuzione, e non per l'inesecuzione dell' obbligazione; per lo che il creditore deve ricevere il principale e la pena.

La legge 85, §. 6, *d. t.*, parla egualmente d'un' obbligazione divisibile bensì *quoad obligationem*, ma indivisibile *quoad solutionem*: si dice nel caso di questa stipulazione: *si fundus Titianus datus non erit, centum dari; nisi totus detur; poena committitur centum; nec prodest partes fundi dare cessante uno, quemadmodum ne pro-*

dest ad liberandum pignus, partes creditori solvere. Benchè l'obbligazione di dare *fundum Titianum* sia divisibile *quoad obligationem*, nulladimeno nasca quest' obbligazione o da un contratto di vendita, o da una permuta, o da una transazione, o da qualunque altra causa, è indivisibile *quoad solutionem*, avendo interesse il creditore di non avere il fondo Tiziano soltanto in parte, ed avendo avuta intenzione d' acquistarlo pel totale: è perciò, che se uno degli eredi del debitore è in mora di dare la sua parte di questo fondo, le offerte degli altri eredi di dare le loro, e la cessione istessa ch' essi ne avessero fatta al creditore, il quale non l'avesse accettata che aspettando e contando sulla cessione del di più, non impedirebbero al creditore di poter domandare il totale della pena, offrendosi però d'abbandonare le porzioni del fondo da lui ricevute, giacchè egli non può avere e l'uno e l'altra.

361. Nel caso del paragrafo *si sortem*, quando uno degli eredi in parte del debitore, col non soddisfare all' obbligazione primitiva per la parte a cui era tenuto, ha

fatto incorrere nella pena gli altri che erano pronti a soddisfarvi, incorre egli stesso in questa pena pel totale? Egli v'incorre direttamente soltanto per la parte in cui è erede; poichè essendo tenuto all'obbligazione primitiva soltanto per questa parte, non può avervi contravvenuto che per la parte istessa; egli adunque può incorrere soltanto in questa parte della pena, la quale deve essere proporzionata alla contravvenzione; ed in ciò le obbligazioni divisibili differiscono dalle indivisibili. Ma sebbene egli sia tenuto direttamente alla pena solamente per la sua parte, egli vi è tenuto indirettamente pel totale: imperciocchè i suoi coeredi, ch'erano pronti ad adempire l'obbligazione per la parte loro, essendo incorsi nell'istessa parte di pena, per la mora in cui egli è stato di soddisfarvi per la sua, egli è tenuto verso di essi, *judicio familiae erciscundae*, ad indennizzarli; *d.* §. *si sortem*; e per evitare un inutile circuito d'azioni, il creditore può essere ammesso ad esigere da quest'erede la pena, non solo per la parte a cui è direttamente tenuto, ma anche per quelle de' suoi coeredi, che

è tenuto d'indennizzare, ed in conseguenza pel totale.

362. Noi abbiamo parlato sin' ora del caso in cui l' erede in parte ha mancato di soddisfare ad un' obbligazione divisibile del defunto, per quella porzione a cui era tenuto; il paragrafo *Cato*, ed il paragrafo *si sortem*, benchè tra lor differenti, come noi abbiamo osservato, pure parlano l'uno e l'altro di questo caso. Ma si può supporne un altro, sul quale non abbiamo alcun testo di diritto, ed è quello in cui l'erede in parte di colui che ha contratta un'obbligazione divisibile, contravvenisse pel totale, e non soltanto per la parte di cui è erede, a quest'obbligazione del defunto.

Una persona, per esempio, ha affittato a qualcuno un suo fondo, e dopo lascia quattro eredi l' uno de' quali scaccia il conduttore pel totale. Su di questo caso si fanno due questioni; la prima per sapere se la pena s' incorra pel totale da questo erede; la seconda per sapere se s'incorra non solamente da lui, ma anche da' suoi coeredi per le loro parti ereditarie? La ragione di dubitare intorno a queste due que-

stioni si è, che un tale erede essendo tenuto soltanto in questa sua qualità, per la parte in cui è erede, alla manutenzione dell' affitto, deve riguardarsi come un estraneo rapporto alle altre parti: dal che si conclude, che nel modo istesso per cui la molestia arrecata senza diritto da un estraneo al conduttore, non avrebbe dato luogo alla pena, nè contro questo estraneo che sarebbe solamente tenuto ai danni ed interessi, nè contro agli eredi del locatore, i quali sarebbero solamente tenuti di diminuire l' affitto al conduttore in proporzione della mancanza di godimento, in caso d'insolvibilità di colui che ha cagionata la molestia; egualmente nel nostro caso la pena deve incorrersi da questo erede in parte, solamente per la porzione in cui è erede: egli deve esser tenuto ai danni ed interessi pel di più, e' gli altri suoi coeredi non devono incorrere nella pena. Nulladimeno Dumoulin, il quale agita una tale questione, *part.* 3, *n.* 412 *et seq.*, decide, che in questo caso l' erede in parte incorre nella pena pel totale, ed anche ciascuno de' suoi coeredi v' incorre per la parte in

cui è erede. Per istabilire la sua decisione, e per confutare nel tempo stesso il ragionamento da noi riportato, distingue in quest' obbligazione di mantenere l'affitto, ed in tutte le altre divisibili, due specie d'obbligazioni; la principale, com'è in questo caso quella di mantenere l'affitto, la quale è divisibile; e l'accessoria, che è l'obbligazione di prestare la buona fede, la quale è indivisibile, ed alla quale per conseguenza ciascun erede è tenuto pel totale. L'erede in parte del locatore, che scaccia il conduttore, era bensì tenuto alla sola sua parte nell'obbligazione principale, ma egli era tenuto pel totale e senza divisione alcuna alla prestazione della buona fede. Questa buona fede l'obbligava a non arrecare molestia alcuna al godimento del conduttore, e ciò non solo per la sua parte, ma anche per le parti degli altri. Scacciando adunque il conduttore dal godimento di tutto il fondo, non deve essere considerato come uno che ha mancato in qualità d'estraneo riguardo alle parti altrui, ma come uno che ha contravvenuto all'obbligazione della prestazione della buona fede, alla qua-

le era come erede tenuto, anche riguardo alle parti degli altri. Questa essendo adunque una contravvenzione ad un'obbligazione creditaria contratta dal defunto, sotto la pena contenuta nella convenzione, anche riguardo alle parti altrui, ed in conseguenza pel totale, deve dar luogo al totale della pena contro l' erede che v'ha contravvenuto: tale è la decisione di Dumoulin sulla prima questione. Egli la conferma con questo ragionamento. Se fosse vero che un tale erede scacciando per intiero il conduttore dovesse riputarsi contravventore soltanto per la sua parte, e considerarsi come un estraneo che abbia mancato, relativamente alle altre parti, ne seguirebbe che il conduttore non avrebbe, per la contravvenzione riguardo alle dette parti, l'ipoteca risultante dal suo contratto d'affitto sui beni del defunto. Ora nessuno certamente s'avviserà di sostenere un tale principio; dunque questo erede in parte, scacciando il conduttore, si deve riputare che abbia contravvenuto non solo per la sua parte, ma anche per tutte le altre, e così pel totale, ad un'obbligazione ereditaria, e per conse-

guenza deve incorrere pel totale nella pena convenuta in caso di contravvenzione.

Riguardo alla seconda questione, Dumoulin per l'istessa ragione decide, che non solo questo erede è incorso nella pena, ma che vi è incorso anche ciascuno dei suoi coeredi in proporzione delle loro parti ereditarie: poichè colla clausola penale il defunto ha obbligato lui e tutti i suoi eredi al pagamento della pena in caso di contravvenzione all'obbligazione primitiva. Basta adunque che vi sia stata una contravvenzione perchè si possa dire, che la condizione sotto alla quale è stata contratta questa obbligazione della pena, si è verificata, e per conseguenza perchè tutti gli eredi del defunto ne siano tenuti.

Se il defunto avesse dato dei fidejussori *in omnem causam*, la fidejussione dei quali s'estendesse tanto all'obbligazione primitiva quanto all'obbligazione penale, il fatto di questo erede, che avesse scacciato il conduttore, avrebbe obbligati i fidejussori alla prestazione della pena; a maggior ragione adunque deve obbligare i suoi coeredi, i quali succedono in questa obbligazione come debitori principali.

363. Questa decisione della seconda questione ha luogo anche quando quello fra gli eredi che ha scacciato il conduttore fosse il solo tenuto all' obbligazione di mantenere l'affitto, come nel seguente caso: io ho affittato un fondo ad un conduttore sotto la pena di duecento lire quando mancassi di dargliene il godimento. Lascio un erede particolare di questo fondo, e varj eredi negli altri miei beni. L' erede particolare del fondo ne impedisce col suo fatto al conduttore il godimento, *puta*, vendendo il fondo senza incaricare il compratore di mantenere l' affitto. Sebbene quest' erede fosse solo tenuto all' obbligazione di mantenere l'affitto secondo i principj qui sopra esposti, *n.* 302, essendo questa l'obbligazione di un corpo certo nel quale egli è solo succeduto; nulladimeno la sua contravvenzione a questa obbligazione farà incorrere nella pena tutti gli altri eredi in proporzione delle loro porzioni ereditarie: poichè il debito della pena è il debito di una somma di denaro contratto dal defunto sotto la condizione di questa contravvenzione, nel qual debito per conseguenza

succedono tutti gli eredi del defunto. Essi però hanno poi il regresso contro colui che ha commesso la contravvenzione. *Molin p.* 3, *n.* 430. (La vendita non annulla più l'affitto se non quando il venditore si sia riservata nell' atto una tale facoltà, articolo 1743.)

164. Eccone un altro esempio. Un usufruttuario ha affittato per un dato tempo il fondo di cui avea l'usufrutto, tacendo la sua qualità d'usufruttuario, ed agendo come proprietario. Si è stipulata una pena di duecento lire a profitto del conduttore nel caso in cui il locatore manchi di dargliene il godimento. L'usufruttuario lascia quattro eredi, l'uno de' quali è il proprietario del fondo, e che in questa sua qualità scaccia il conduttore. Havvi luogo alla pena contro ai quattro eredi; ma colui che lo ha scacciato vi è tenuto soltanto per la sua parte, e non è obbligato come nel caso precedente ad indennizzare gli altri: imperciocchè avendo nella sua qualità di proprietario il diritto di godere del suo fondo, non ha mancato alla buona fede; *dolo non facit jure suo utitur*: egli è tenuto all'inesecu-

zione dell'affitto ed alla pena soltanto nella sua qualità d'erede, e per conseguenza per la sola sua porzione ereditaria. *Molin ibid. n.* 432.

ARTICOLO V.

Se la pena s' incorra pel totale, e verso tutti gli eredi del creditore, per la contravvenzione commessa verso uno di essi soltanto.

365. Paolo nella legge 2, §. fin. *de verb. oblig*, decide questa questione nel caso d'una stipulazione penale apposta ad una obbligazione primitiva indivisibile. *Finge.* Voi vi siete obbligato verso di me con una transazione a lasciar passar me ed i miei eredi pel vostro parco tanto a piedi, quanto a cavallo, e con delle bestie da carico, sotto pena di dodici lire in caso di contravvenzione alla vostra obbligazione. Io ho lasciati quattro eredi, e voi avete impedita l'entrata nel parco ad uno dei quattro, permettendola agli altri tre. Paolo decide, che in questo caso essendosi contravvenuto

ad una obbligazione indivisibile e non suscettibile di parti, non può essersi commessa una contravvenzione parziale; e che perciò la pena, a cui dà luogo, sembrerebbe, secondo la sottigliezza del diritto, doversi essere incorsa pel totale a profitto di tutti gli eredi; ma che ciò non ostante secondo l'equità, la quale deve in questo caso prevalere alla sottigliezza, la pena non devesi riputare incorsa che verso quell' erede a cui si è rifiutata l'entrata, e lo deve essere per la sua parte ereditaria soltanto. *Si stipulator decesserit qui stipulatus erit sibi haeredique suo agere licere; et unus ex haeredibus ejus prohibeatur, sit poena sit adjecta, in solidum committetur, sed qui non sunt prohibiti, doli exceptione summovebuntur*; d §. La ragione si è, che l'equità non permette che i tre eredi, a cui il debitore ha accordata l'entrata nel suo parco, possano nel tempo stesso percepire tutto il frutto dell' esecuzione dell' obbligazione, e percepire la pena stipulata per l'inesecuzione di questa, nè che possano lagnarsi della contravvenzione commessa dal debitore contro al loro coerede, nella

quale essi non hanno interesse alcuno: *Non debet aliquis habere simul implementum obligationis, et poenam contraventionis; et poena quae subrogatur loco ejus quod interest, non debet committi his qui non sunt prohibiti, et quorum nulla interest cohaeredem ipsorum esse prohibitum*; Molin. *p.* 1, *n.* 32 *et* 35. La legge 3, §. 1, *d. tit.* sembra contraria; ma si risponde, che Ulpiano parla soltanto secondo la sottigliezza del diritto.

La contravvenzione all'obbligazione adunque commessa dal debitore verso uno degli eredi, dà luogo alla pena soltanto verso di questo, e solamente per la sua parte ereditaria, sebbene l'obbligazione primitiva sia indivisibile; a maggior ragione adunque deve decidersi la stessa cosa, quando l'obbligazione primitiva è divisibile.

CA-

CAPO VI.

Delle obbligazioni accessorie dei fidejussori, e delle altre che accedono a quella di un principal debitore.

Questo capitolo è diviso in otto sezioni, le prime sette delle quali riguardano le fidejussioni. Noi tratteremo nella prima della natura della fidejussione. Vedremo nella seconda quali sono le diverse specie di fidejussioni. Nella terza tratteremo delle qualità, che devono avere i fidejussori. Vedremo nella quarta per chi, verso di chi, per quale specie d'obbligazione, e come si contraggono le fidejussioni. Nella quinta a cosa s'estendono. Nella sesta tratteremo dei modi con cui s'estinguono le fidejussioni, e delle diverse eccezioni, che la legge accorda ai fidejussori. Nella settima delle azioni che ha in testa propria il fidejussore contro al debitor principale e contro ai suoi fidejussori. L'ottava ed ultima sezione tratta delle altre specie d'obbligazioni accessorie.

SEZIONE PRIMA.

Della natura della fidejussione. Definizione delle sicurtà o fidejussori, e corolarj che ne derivano.

366. La fidejussione è un contratto col quale uno s' obbliga pel debitore verso del creditore a pagargli in tutto od in parte ciò che questo debitore gli deve, accedendo alla sua obbligazione. (*Cod. civ. art.* 2011.)

Si chiama sicurtà o fidejussore colui, che contrae una tale obbligazione.

La fidejussione, oltre al contratto che interviene tra il fidejussore ed il creditore verso del quale egli s'obbliga, contiene parimenti assai spesso un altro contratto, che si reputa intervenire almeno tacitamente tra il fidejussore ed il debitore pel quale egli s'obbliga; e questo contratto è quello di mandato che sempre si reputa intervenire, quando con saputa e per volontà del debitore principale il fidejussore s'è obbligato per lui; e ciò secondo la regola di diritto: *semper qui non prohibet pro se in-*

tervenire, *mandare creditur*; l. 60, ff. *de Reg. jur.* Quando la fidejussione fu fatta senza saputa del debitore, non si può riputare che rinchiuda alcun contratto tra questi ed il fidejussore; ma in questo caso si reputa intervenire tra essi il quasi contratto, che si chiama *negotiorum gestorum*. Noi tratteremo delle obbligazioni che nascono da questo contratto di mandato, o dal quasi-contratto *negotiorum gestorum*, nella settima sezione di questo capitolo.

Il contratto che interviene tra il fidejussore ed il creditore verso al quale egli s' obbliga, non è nella classe dei contratti di beneficenza; imperciocchè il creditore non riceve con questo contratto nulla al di là di quello che gli è dovuto: egli non fa altro che procurarsi una sicurezza maggiore, senza della quale, o non avrebbe contrattato col debitor principale, o non avrebbe aderito ad accordargli il termine al pagamento che gli ha accordato; ma la fidejussione rinchiude un benefizio riguardo al debitore, pel quale il fidejussore si obbliga.

Dalla definizione che noi abbiamo data

della fidejussione e dei fidejussori ne derivano varj corollarj.

Corollario primo.

367. L' obbligazione dei fidejussori, secondo la nostra definizione, essendo accessoria a quella del debitor principale, ne risulta ch' è dell' essenza dell' obbligazione dei fidejussori che esista un' obbligazione di un debitor principale, la quale sia valida: conseguentemente se colui pel quale un fidejussere s' è verso di voi obbligato non era vostro debitore, il fidejussore non si sarà obbligato in alcun modo, non potendo giammai sussistere un' obbligazione accessoria senza la principale, giusta la regola di diritto: *Cum causa principalis non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent*; l. 178, ff. *de Reg. jur.*

Corollario secondo.

368. Una seconda conseguenza della nostra definizione si è, che il fidejussore obbligandosi per qualcuno, non lo libera

della sua obbligazione, ma ne contrae una che a questa è accessoria; nel che il fidejussore è diverso da quello che in diritto si chiama *expromissor*, il quale s' obbliga verso al creditore in modo tale, che questo l' accetta per debitore in luogo dell' altro, che da lui viene liberaro.

Corollario terzo.

369. Risulta dalla nostra definizione, che il fidejussore può validamente obbligarsi soltanto alla prestazione della cosa istessa alla quale il debitor principale s' è obbligato, od alla prestazione d' una parte di questa cosa: e perciò se qualcuno si rendesse fidejussore verso di me per cento moggia di grano in favore di uno che mi dovesse due mille lire, questa fidejussione sarebbe nulla; l. 42, ff. *de Fidejuss. Quia in aliam rem quam quae credita est, fidejussor obligari non potest; quia non ut aestimatio rerum quae mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest; ita pecunia quoque merce aestimanda est.*

Contra, vice versa, si può validamente

rendersi fidejussore verso di me per una somma di due mille lire in favore di quello che mi deve cento moggia di grano: imperciocchè il denaro essendo il valore comune di tutte le cose, colui che mi deve cento moggia di grano del valore di due mille lire, mi deve effettivamente e realmente due mille lire; e per conseguenza quello che s' obbliga per lui a pagarmi due mille lire, non s' obbliga ad una cosa diversa da quella che m' è dovuta dal mio debitor principale.

370. Se qualcuno si fosse obbligato verso di me a darmi un certo stabile, e che l'altro si rendesse fidejussore per l'usufrutto di questo stabile, la fidejussione sarebbe valida? Sì, perchè l' usufrutto essendo un diritto in questo stabile, che m' è dovuto, fa in qualche modo parte della cosa che a me si deve; e per conseguenza non si può dire che il fidejussore si sia obbligato a qualche cosa di diverso da ciò ch' è dovuto dal debitor principale. Questo è quello che decide Cajo nella legge 70, §. 2, ff. *de fidejuss. In eo*, dice egli, *videtur dubitatio esse, ususfructus pars rei sit an pro-*

prium quiddam? Sed cum ususfructus, fundi jus est, incivile est fidejussorem ex sua promissione non teneri. (*Cod. civ. art.* 2013.)

Corollario quarto.

371. Risulta da questa definizione, che il fidejussore non può validamente obbligarsi a più di quello a cui il debitore principale s' è obbligato; e siccome il di più si considera non solo *quantitate*, ma anche *die*, *loco*, *conditione*, *modo*, così ne risulta che il fidejussore non può obbligarsi a condizioni più dure del debitor principale, non potendo l' obbligazione accessoria sorpassare la principale: ma che egli può bensì obbligarsi a condizioni meno dure. Ciò è deciso dalla legge 8, §. 7, ff. *de Fidejuss. Illud comune est in universis qui pro aliis obligantur, quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari, in leviorem plane causam accipi possunt.* (*Cod. civ. ibid.*)

Da questo principio ne risulta che se qualcuno si è reso fidejussore per una somma determinata, *puta*, per una somma di

trecento lire per un debitore il di cui debito non era ancor liquidato, la determinazione della fidejussone alla somma di trecento lire deve riputarsi fatta soltanto in favore del fidejussore, ed al solo effetto che se il debito colla liquidazione da farsi ammontasse ad una somma maggiore, il fidejussore non ne sarebbe tenuto che per trecento lire. Ma se colla liquidazione il debito si riconoscesse di una somma minore, *puta*, di duecento cinquanta lire, il fidejussore che non può aver mai maggior debito di quello del debitor principale, sarebbe debitore della sola somma di duecento cinquanta lire; e se avesse pagate le trecento portate dalla sua fidejussione, avrebbe il diritto di ripetere il di più.

Può in questo caso il creditore, prima della liquidazione del debito, costringere il fidejussore al pagamento provvisionale della somma di trecento lire, non ostante la domanda di questo che si debba procedere alla liquidazione del debito, il quale da lui si asserisce che non deve ammontare ad una somma così grande? Lo statuto di Brettagna, *art.* 189, decide per l'affermativa.

Ma una tal decisione non deve essere seguita fuori del suo territorio: imperciocchè secondo il principio da noi esposto il fidejussore non potendo esser tenuto a più del debitor principale, egli non deve poter costringersi prima di questo al pagamento del debito: ora il debitor principale può esservi costretto soltanto dopo la liquidazione del debito, *Ordin. del* 1667, *tit.* 33, *art.* 2, dunque il fidejussore non può esservi costretto prima. D'Argentré, nelle sue annotazioni all'articolo dello statuto sopra citato, conviene che questa disposizione è contraria al diritto, *contra jus Romanum*; e nel suo commentario all'articolo 206 dell'antico statuto, dal quale questo è tratto, dice: *Hic se Authores Consuetudinis produnt non jurisconsultos.*

372. Secondo un tale principio, quando il debitore principale si è obbligato puramente e semplicemente, il fidejussore s'obbliga validamente a pagare entro ad un certo termine o sotto ad una certa condizione: ma al contrario se il debitore principale si è obbligato soltanto sotto ad una certa condizione che è ancora pendente, od entro

ad un certo termine che non è ancora spirato, il fidejussore non può obbligarsi a pagare per lui presentemente ed alla prima richiesta del creditore; *dicta lege* 8, §. 7. (*Cod. civ. art.* 2013.)

Osservate che se la fidejussione non esprime nulla, vi si deve sott' intendere il termine o la condizione espressa nell' obbligazione principale; nello stesso modo come nella legge 61, ff. *d. tit.* si decide, che il luogo del pagamento espresso nell' obbligazione principale è sott' inteso nella fidejussione.

373. Se il debitor principale si è obbligato a pagare entro ad un certo termine, il fidejussore può obbligarsi a pagare nel termine istesso, od entro ad un termine più lungo; ma egli non può obbligarsi a pagare entro ad un termine più breve.

Da ciò ne segue che quando il debitore principale si è obbligato a pagare entro ad un certo termine, e che il fidejussore si obbliga sotto una certa condizione a pagare *subito* che la condizione si verificherà, questa fidejussione non è valida, se la condizione si verifica prima che sia spirato il

termine entro al quale il debitor principale deve pagare: leg. 16, §. 5, ff. *d. tit.*: imperciocchè se la fidejussione fosse valida, il fidejussore sarebbe obbligato a pagare prima che il debito si possa esigere dal debitore principale, e per conseguenza *in duriorem causam*, ciò che non può mai essere.

Allorchè il debitor principale si è obbligato sotto ad una condizione, il fidejussore può benissimo obbligarsi sotto la condizione istessa ed insieme sotto ad un' altra: imperciocchè in questo caso la condizione del fidejussore è migliore di quella del debitore, potendo egli essere obbligato soltanto, quando le due condizioni siansi verificate. Se il fidejussore si obbliga sotto l'alternativa della condizione sotto alla quale si è obbligato il debitor principale, e di un' altra condizione, o semplicemente sotto ad una condizione diversa, la fidejussione è valida se la condizione sotto alla quale il debitor principale si è obbligato si verifica per la prima: ma se invece si verifica per la prima l'altra, la fidejussione non è valida, non potendo il fidejussore essere obbligato prima che lo sia il debitor principale: l. 70. *prin. et* §. 1., *ff. de fidejuss.*

374. Il luogo del pagamento può parimenti rendere più dura l'obbligazione: e perciò, se il fidejussore promette di pagare in un luogo più lontano di quello in cui deve pagare il debitor principale, la fidejussione non è valida, siccome fatta sotto ad una condizione più dura dell'obbligazione principale; *d. L.* 16, §. 1 *et* 2.

375. Se alcuno nelle nostre colonie si fosse obbligato verso di un altro a dargli o l'uno o l'altro di certi due negri, *puta*, Giacomo o Giovanni, i quali fossero presso a poco del medesimo prezzo, la fidejussione colla quale il fidejussore s'obbligasse pel debitore a dare determinatamente Giovanni, sarebbe valida? La legge 14, ff. *de fidejuss.* decide ch'è valida, e che la condizione del fidejussore è in questo caso migliore di quella del debitor principale, poichè il fidejussore può essere liberato dalla morte del solo Giovanni, mentre invece il debitor principale non può esserlo, che dalla morte e dell'uno e dell'altro.

Contra, se il debitore principale si fosse obbligato a dare determinatamente Giovanni, la fidejussione colla quale il fidejussore

si obbligasse di dare Giovanni o Giacomo non sarebbe valida, e ciò non solo per la ragione di già detta, che quest'obbligazione alternativa è più dura dell'obbligazione determinata di dare Giovanni; ma ancora per l'altra ragione, che se il fidejussore scegliesse di dare Giacomo, egli dovrebbe una cosa diversa da quella dovuta dal debitor principale, il quale deve soltanto Giovanni, ciò che non può mai essere; *supra n.* 369. Tale è la decisione della legge 8, §. 8, ff. *d. tit.*

Un tale inconveniente invece non può temersi nel caso precedente, in cui il debitor principale ha promesso Giovanni o Giacomo, ed il fidejussore determinatamente Giovanni: imperciocchè in questo caso, se il debitore principale offre Giacomo al creditore, o lo costituisce in mora a riceverlo, determinando con questa scelta la sua obbligazione, all'obbligazione di dare Giacomo, egli si libera da quella di dare Giovanni, e ne libera per conseguenza il suo fidejussore *nam reo liberato, liberantur fidejussores.* Il fidejussore che avea acceduto soltanto all'obbligazione di dare Giovan-

ni, non deve più nulla. Se al contrario questo debitor principale avesse offerto Giovanni, egli dovrebbe la cosa istessa dovuta dal suo fidejussore: non può dunque accadere giammai in questo caso, che il debitor principale ed il fidejussore debbano cose diverse.

Se il debitor principale si fosse obbligato a dare i negri Giovanni o Giacomo, *a scelta del creditore*, il fidejussore s'obbligarebbe validamente a dare quello de' due ch'egli vorrà, *d. L.* 8. §. 10: imperciocchè il creditore conservando sempre la sua scelta contro al debitor principale, sino al pagamento il debitore sarà sempre debitore dell'una delle due cose, e per conseguenza di quella che il fidejussore vorrà.

376. Si fa questione, se sia intieramente nulla la fidejussione quando il fidejussore si è obbligato maggiormente del debitor principale, o se sia nulla solamente in ciò che eccede l'obbligazione principale. Sembra che i giureconsulti romani abbiano pensato ch'essa sia intieramente nulla, sebbene Dumoulin, *ad L.* 51, *si stipulanti*, §. *sed si mihi*, *n.* 30 *et seq.* abbia voluto far loro

dire il contrario. Questo infatti evidentemente risulta dalle parole della legge 8. §. 7, qui sopra citata, *placuit eos omnino non obligari*. E' vero che *Haloander*, nella sua edizione, legge *non omnino*; ma è per sua privata autorità ch'egli ha cangiata la lezione contro la fede degli esemplari, e contro l'autorità degli interpreti greci, che hanno tradotte le parole *omnino non*, per *id est*, *nullo modo*. Questo è ciò che risulta parimenti dagli altri testi qui sopra citati. La ragione che riporta Connano, *Comment. jur. n.* 68, di questa opinione de' giureconsulti romani si è, che una fidejussione essendo essenzialmente un'obbligazione accessoria alla principale, ed essendo dell'essenza dell'obbligazione accessoria, di non contenere nulla di più della principale, una fidejussione colla quale il fidejussore s'obbliga a qualche cosa di più, pecca nella sua forma essenziale di fidejussione, e deve per conseguenza essere assolutamente nulla. Questo ragionamento, su del quale avvi luogo a credere che siansi fondati i romani giureconsulti è più sottile che solido. Dall'essere la fidejussione un'

accessorio dell'obbligazion principale, ne segue soltanto che quando il fidejussore si è maggiormente obbligato, egli non si è obbligato validamente al di più: ma niente deve impedire ch'egli lo sia sino alla concorrenza di ciò a cui il debitor principale si è obbligato; imperciocchè volendo obbligarsi ad una somma maggiore, egli ha voluto obbligarsi a quella somma a cui si è obbligato il debitor principale. Essendo pertanto osservate nelle nostre provincie le leggi romane, solamente in quanto si trovano conformi alla naturale equità, io son di parere che su di questo punto si debba allontanarsene, e decidere che un fidejussore il quale si è obbligato per una somma maggiore di quella portata dall'obbligazione principale, o che si è obbligato di pagare all' istante ciò che il debitor principale deve soltanto entro ad un certo termine o sotto ad una certa condizione, si è obbligato validamente a pagare la somma portata dall'obbligazione principale, entro ai termini e sotto le condizioni in essa apposte. Lo statuto di Brettagna, *art.* 118, ha seguito questa opinione, e Wissembach,

ad

ad Tr. de fid. n. 10, conviene che sebbene contrario ai testi di diritto, egli è però seguito in pratica. (Questa è pure l'opinione adottata dal Codice civile articolo 2013.)

377. Il principio da noi stabilito, che il fidejussore non può obbligarsi a condizioni più dure del debitor principale, *in duriorem causam*, deve intendersi riguardo a ciò ch' è dovuto, ed a ciò che forma l'oggetto dell' obbligazione. Il fidejussore non può per verità essere tenuto a ciò che il debitore non deve, *quantitate*, *die*, *loco*, *conditione*, *modo*; ma in quanto alla qualità del legame, egli può essere più strettamente e più duramente obbligato.

Per esempio 1.° secondo i principj del diritto romano, il fidejussore che acceda ad una obbligazione puramente naturale, è obbligato più strettamente del debitor principale, poichè egli può essere costretto a pagare mentre non lo può essere il debitor principale, non avendo il creditore azione alcuna contro di lui.

2.° Secondo i principj dello stesso diritto romano, quando alcuno si è reso fidejussore

di un debitore, il quale ha il beneficio; che si chiama *exceptionem competentiae*; ciò che accaderebbe quando uno si fosse reso fidejussore di un padre verso al figlio di lui creditore; il fidejussore è obbligato più strettamente del debitor principale, poichè il fidejussore può essere costretto con tutto il rigore al pagamento dell' intiero debito; mentre invece il debitore principale non lo può essere, che sino alla concorrenza di ciò che a lui resterà, lasciandogli quello ch' è necessario alla sua sussistenza; l. 173, ff. *de Reg. jur.*

3.° Il fidejussore di un minore è spesse volte obbligato più strettamente del debitor principale, il quale può, quando sia stato leso, essere restituito contro alla sua obbligazione, mentre invece il fidejussore è obbligato senza speranza di restituzione; *l.* 13, *de minor.*; l. 1, *cod. de fidejuss. minor.*

4.° Secondo i nostri usi, un fidejussore giudiziario, può costringersi al pagamento col mezzo dell' arresto personale, benchè il debitor principale non vi sia soggetto, *puta*, essendo un minore, una donna, un settuagenario: egli è per conseguenza, riguardo

alla qualità del legame, più strettamente e più duramente obbligato. (*Cod. civ. art.* 2060, 2064, 2066.)

Corollario quinto.

378. Risulta dalla nostra definizione, che la fidejussione essendo un' obbligazione accessoria a quella del principal debitore, l' estinzione dell' obbligazion principale trae con se l'estinzione della fidejussione, poichè è della natura delle cose accessorie di non poter sussistere senza la cosa principale. Ogni qualvolta adunque il debitor principale è liberato in qualunque siasi modo, e non solo pel pagamento reale, o per la compensazione del debito, ma anche per la remissione che gliene fosse stata fatta, il fidejussore è liberato parimenti: imperciocchè l' essenza della fidejussione essendo che il fidejussore sia obbligato per un principal debitore, egli non può esserlo più, quando non v' ha più alcun debitor principale che sia obbligato. (*Cod. civ., art.* 2034.)

379. Il fidejussore è liberato egualmente quando vien fatta una novazione del debito: imperciocchè il fidejussore non può più es-

ser tenuto a quel primo debito, pel quale s'era reso fidejussore del creditore, giacchè questo non sussiste più, essendo stato estinto colla novazione. Egli non può egualmente esser tenuto al nuovo debito, in cui il primo è stato convertito, poichè questo nuovo debito non è quello pel quale egli s'è reso fidejussore: *Novatione legitime perfecta debiti in aliam speciem translati, prioris contractus fidejussores, vel mandatores liberatos esse non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverint;* L. 4, Cod. *de fidejuss.*

380. Egualmente quando il debitor principale diviene solo erede puro, e semplice del creditore, *aut vice versa*, quando il creditore diviene solo erede puro e semplice del debitor principale, o quando una stessa persona diviene sucessivamente erede dell'uno e dell'altro, i fidejussori sono liberati, poichè non resta più alcun debitor principale, attesa la confusione che si fa della qualità di creditore e di debitore, le quali trovandosi riunite in una stessa persona, si distruggono vicendevolmente, non potendo alcuno essere creditore e debitor di se stesso.

(La confusione non estingue l'azione del creditore contro il fidejussore del fidejussore. (*Cod. civ. art.* 2035.)

La cosa sarebbe altrimenti se il debitore fosse divenuto erede del creditore col benefizio d'inventario, *aut vice versa*; imperciocchè uno degli effetti del benefizio d'inventario essendo d'impedire la confusione delle qualità, e di distinguere la persona dell'erede dalla successione ereditaria, il debitore erede beneficiario del creditore rimanendo sempre debitore verso alla successione beneficiaria, i suoi fidejussori non sono liberati, perchè esiste ancora un debitor principale.

Quando il creditore succede al suo debitore, non a titolo d'erede, ma a titolo di donatario o di legatario universale, o di Signore per mancanza di legittimi eredi, o di confisca; siccome in tutti questi casi egli non è tenuto ai debiti indefinitamente, ma soltanto sino alla concorrenza del valore dei beni nei quali succede, così la confusione non si fa, che sino a questa concorrenza: d'onde ne segue, che i fidejussori sono liberati soltanto sino a questa concor-

renza, e che se non avvi nei beni lasciati dal debitore di che pagare tutto il debito, i fidejussori sono obbligati a pagare il di più; ma il creditore non può convenirli, che rendendogli conto dei beni del debitore nei quali è succeduto.

Quando il debitore diviene bensì erede puro e semplice del creditore, ma solamente in parte, *aut vice versa*; la confusione non facendosi che relativamente a quella porzione nella quale egli è erede, i suoi fidejussori sono liberati soltanto per questa porzione.

382. Se quando il debitor principale non è liberato di pieno diritto, ma per qualche eccezione o motivo d' inammissibilità ch' egli può opporre contro alla domanda del creditore, i fidejussori possono opporre gli stessi motivi d' inammissibilità che può opporre il debitor principale? Bisogna a questo proposito distinguere tra le eccezioni o motivi d'inammissibilità che si chiamano *exceptiones in personam*, da quelle che si chiamano *exceptiones in rem*. Le eccezioni *in personam* sono quelle fondate su di qualche ragione personale al debitor principale: le eccezioni *in rem* sono quelle così chiamate,

perchè non sono fondate su di qualche ragione particolare del debitor principale, ma sulla cosa istessa, cioè sullo stesso debito.

Queste eccezioni *in rem* possono essere opposte dai fidejussori, egualmente come dal debitor principale: *Rei cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt*, l. 7, §. 1, ff. *de except.*; ed è relativamente a queste eccezioni che bisogna intendere ciò ch' è detto nella legge 19, ff. *d. tit. Omnes exceptiones quae reo competunt, fidejussori quoque, etiam invito reo competunt.* (*Cod. civ. art.* 2036).

Tale è l'eccezione del dolo o della violenza; tale è parimenti l'eccezione della cosa giudicata o del giuramento decisorio, *d. l.* 7, §. 1: imperciocchè queste eccezioni essendo fondate sull'essere stato deciso dalla sentenza o dal giuramento decisorio che la cosa non era dovuta, sono eccezioni che cadono sulla cosa, e che non sono fondate su di qualche ragione personale al principal debitore, e per conseguenza sono eccezioni non *in personam*, ma *in rem*; e quest'ultime possono essere opposte dai fidejussori come dal debitor principale, in

concorso del quale la cosa è stata giudicata, od al quale si è deferito il giuramento decisorio. *Nec obstat regula juris*, che la cosa giudicata, al pari del giuramento decisorio non possono far acquistare diritto alcuno a dei terzi che non erano parti; l. 2, cod. *Quib. res jud. non noc.*; l. 3, §. 3, ff. *de jurejur.*: imperciocchè questa regola non deve intendersi relativamente a quelli, il di cui diritto è essenzialmente legato con quello della persona che fu parte, come sono i fidejussori riguardo al debitor principale.

Quando un debitor principale, con una transazione col creditore sulla legittimità del debito ha convenuto di pagarlo, ma coll'obbligo d'accordargli il termine di tre anni, l'eccezione che nascerebbe da questa convenzione contro al creditore, qualora egli pretendesse il pagamento prima di questo termine è parimenti un'eccezione *in rem*; poichè essa essendo fondata sul dubbio della legittimità del debito che formò l'oggetto della transazione, è fondata sulla cosa stessa. Questa eccezione può per conseguenza essere opposta dai fidejussori come dal debitor principale, sebbene essi non siano stati

parti nella transazione. Da ciò ne nasce la seguente questione: si domanda se il debitore, con una nuova convenzione col creditore, può in pregiudizio dei fidejussori permettergli d'esigere il suo credito prima del termine fissato nella prima convenzione? Paolo nella legge 27, §. 2, ff. *de pact.* decide formalmente ch'egli lo può (sebbene qualche interprete per conciliar questo testo colla legge *fin. ff. d. tit.*, la quale decide il contrario, l'abbiano posto alla tortura, onde intenderlo in un senso diverso). La decisione di Paolo è appoggiata alla ragione, che il diritto risultante dalla prima convenzione essendo nato dal concorso delle sole volontà del creditore e del debitore, senza che i fidejussori vi siano intervenuti, può distruggersi con un consenso contrario; *cum quaeque eodem modo dissolvantur quo colligata sunt.* Al contrario Furio Anziano decide che la nuova convenzione non può privare i fidejussori dell'eccezione, che loro è stata dalla prima accordata; l. *fin.* ff. *de pact.*; ed io credo che convenga attenersi a questa decisione, potendo aver luogo la ragione allegata in favore di quella di Paolo,

solamente quando un terzo non abbia acquistato diritto alcuno. Alcuni interpreti, dei quali io ho altre volte seguita l'opinione, per conciliare *Furio Anziano* con *Paolo* asseriscono che la decisione di Furio ha luogo soltanto quando i fidejussori hanno ratificata ed accettata la prima convenzione: ma una tale conciliazione è da indovino. Non si dice infatti in questa legge che i fidejussori abbiano accettata la prima convenzione; anzi non si può nemmeno supporlo; imperciocchè supponendolo, Furio avrebbe posto in questione ciò che non ne è suscettibile.

Passiamo ora alle eccezioni *in personam*.

Le eccezioni che sono fondate sull'insolvibilità o sulla poca solvibilità del debitor principale, e sul privilegio personale ch'egli ha di non poter essere costretto al pagamento, con ciò ch'è a lui necessario, non possono essere opposte dai fidejussori. Questo è quello che c'insegna la legge 7, ff. *de except.* dicendo che l'eccezione accordata ad un debitore, il quale fosse o il padre o la madre o il marito o il patrono o il socio del creditore, onde non poter essere costretto a pagare con ciò che è a lui ne-

cessario, non può esser opposto dai fidejussori. La ragione ne è evidente. Lo stato di povertà di questo debitore principale non lo libera dalla sua obbligazione; e s'egli infatti venisse in seguito ad avere il comodo di pagare, potrebbe esservi costretto. Frattanto la sua obbligazione non lascia di sussistere in tutta la sua estensione, e serve di bastante fondamento a quella de' suoi fidejussori. Il suo stato di povertà non la distrugge; egli ne arresta solamente l'esecuzione, coll' eccezione ch' egli ha di non poter essere costretto a pagare con ciò ch'è a lui necessario: ma questa eccezione, essendo fondata sulla sua qualità di padre o di marito ec., che è a lui personale, non può essere opposta dai suoi fidejussori.

Lo stesso succede dell' eccezione che risulta dalla cessione de' beni. Quando il debitor principale ha fatto una cessione de'suoi beni, e che questi non sono stati sufficienti a pagare ciò che doveva, egli non è liberato riguardo al di più; l. 1, cod. *qui bon. ced.*; e la sua obbligazione che sussiste per questo di più, è un fondamento sufficiente all'obbligazione de' suoi fidejussori pel di

più istesso. Nulladimeno, sintantochè egli non ha acquistati dei nuovi beni al di là di ciò che gli è necessario per la sua sussistenza, egli può opporre alle azioni, contro a lui spiegate dal creditore, un motivo d'inammissibilità risultante dalla cessione che egli ha fatta de' suoi beni; l. 3, cod. *de bon. author. jud. possid*; l. 4, ff. *de cess. bonor.* E' evidente che questo motivo d'inammissibilità è fondato su d'una ragione di favore che è personale al debitore, che è *exceptio in personam*, e che i suoi fidejussori non possono opporre.

Io credo che sia lo stesso dell'eccezione che nascerebbe da un contratto di dilazione al quale il creditore fosse stato obbligato di aderire, e col quale fosse accordata al debitore la remissione di una parte del debito, e certi termini al pagamento del di più. Io credo che l'eccezione data da questo contratto al debitor principale, contro la domanda che fosse intentata contro di lui prima che scadessero i termini accordati col suddetto contratto, o contro la domanda di ciò che gli è col suddetto contratto stato rimesso, non debba passare ai fidejussori,

e che essi possano benissimo essere convenuti al momento pel pagamento del totale del credito: imperciocchè egli è evidente che questa è una eccezione *in personam*, la quale è accordata al debitore soltanto in considerazione del suo stato di povertà, che è a lui personale. La remissione accordata col contratto di dilazione, non essendo stata accordata *animo donandi*, ma per necessità, l'eccezione che da questo contratto risulta, al pari della precedente, nuoce soltanto alla obbligazione civile, e l'obbligazione naturale per ciò che resta a pagare sussiste in tutta la sua integrità, e serve di sufficiente fondamento all'obbligazione dei fidejussori. Questa ragione serve di risposta a quella, che in primo luogo si allega a favore dell' opinione contraria, e la quale consiste in dire, che è nell' essenza della fidejussione, che il fidejussore non possa essere tenuto a più di quello a cui è tenuto il debitore principale. In quanto alla seconda ragione che si allega per l'opinione contraria, e la quale consiste in dire, che se il fidejussore non approfittasse del contratto di dilazione e potesse essere obbligato a pagare il totale del debito, accaderebbe indirettamente che

non ne approfitterebbe neppure il debitor principale, a motivo del regresso che il fidejussore, dopo aver pagato il totale avrebbe contro di lui, si risponde che questo non può accadere, poiché il fidejussore dopo aver pagato il totale nella sua qualità di creditore per la sua indennità, è obbligato al pari degli altri creditori d'aderire al contratto di dilazione, e di fare al debitor principale relativamente a questa indennità le remissioni portate dal contratto suddetto. Ciò non ostante bisogna convenire, che l'opinione contraria è autorizzata da due antichi decreti citati da Basnage, l'uno dei quali è del parlamento di Parigi, e l'altro del parlamento di Normandia. Quest'ultimo è il cento quattordicesimo di quelli riportati da Montholon. Ma io non credo che la decisione di questi decreti debba essere seguita per le ragioni qui sopra riportate. Una tale decisione sembra anzi contraria alla natura della fidejussione, la quale è un atto a cui il creditore ricorre per la sua sicurezza contro al rischio dell' insolvibilità del debitor principale. Ora cosa diverrebbe questa sicurezza, se il creditore non

avesse il diritto d' esigere dal fidejussore ciò che l' insolvibilità del debitor principale lo avesse obbligato a rimettergli? Il nostro sentimento è conforme all' articolo 13 dei decreti del sig. de Lamoignon intorno a questo titolo.

Allorchè fosse intervenuta una convenzione tra il creditore ed il debitor principale, colla quale il primo per favorire il secondo, avesse con lui convenuto di non ricercargli il pagamento del debito, se in seguito il creditore domandasse il pagamento del debito a' fidejussori, questi potrebbero per verità opporgli l' eccezione risultante dalla convenzione da lui fatta col debitor principale: ma secondo l' antico diritto romano i fidejussori avevano questo diritto solamente perchè la domanda spiegata contro di essi veniva a ricadere sul debitor principale, il quale era obbligato d' indennizzarli *actione contraria mandati aut negotiorum gestorum*. Perciò nel caso in cui la domanda spiegata contro ai fidejussori non avesse dovuto ricadere sul debitor principale, *puta*, perchè i fidejussori si fossero prestati *donandi animo*, con protesta di

nulla ripetere dal debitor principale di ciò che fossero costretti a pagare per lui, i fidejussori non potevano in questo caso, secondo i principj dell' antico diritto, opporre l' eccezione nascente dalla convenzione intervenuta tra il creditore ed il debitor principale, poichè questa convenzione e l' eccezione che ne risulta essendo fondate sulla considerazione personale che il creditore ha avuta pel debitor principale volendo favorirlo, l' eccezione è *in personam*, e non appartiene ai fidejussori. Questo è quello che c'insegna la legge 32, ff. *de Pact.*, ove dice: *Quod dictum est, si cum reo pactum sit ut non petatur fidejussori quoque competere exceptionem, propter rei personam placuit, ne mandati judicio conveniatur igitur si mandati actio nulla sit forte si donandi animo fidejusserit, dicendum est non prodesse exceptionem fidejussori.*

Quand' anche il fidejussore fosse un fidejussore ordinario, il quale avesse il regresso contro al debitor principale per quello che fosse stato obbligato a pagare per lui, secondo i principj del diritto romano, non potrebbe opporre l' eccezione che nasce

dalla

dalla convenzione intervenuta tra il creditore ed il debitor principale, se con questa convenzione il creditore promettendo di non domandare il pagamento del debito al debitor principale, si fosse espressamente riservato di poterlo domandare al fidejussore: *Debitoris conventio fidejussoribus proficiet, nisi hoc actum est, ut duntaxat a reo non petatur, a fidejussore petatur, tunc enim fidejussor exceptione non utetur*; l. 21, §. 5, in fin.; 22, ff. *d. tit.*

Cujaccio, nel suo commentario al detto paragrafo 5, osserva benissimo, che in questo i fidejussori differiscono da quelli che si chiamano in diritto *mandatores pecuniae credendae*; imperciocchè se a vostra richiesta io avessi prestata a qualcuno una somma di denaro, non potrei in seguito convenendo col debitore che non gli domanderei il pagamento del debito, riservarmi validamente il potere di domandarlo a voi. Egli dà questa ragione di una tale diversità: quando a vostra richiesta io ho prestata una somma di denaro a qualcuno per la natura del contratto di mandato che è tra noi intervenuto, io sono obbligato di

cedervi l'azione nascente del prestito da me fatto in esecuzione del vostro mandato, essendo obbligato ogni mandatario, *actione mandati directa*, a render conto al mandante di tutto ciò che ha acquistato nell' eseguire il mandato: quando adunque per mio fatto io mi sono posto fuori di stato di poter adempire alla mia obbligazione verso di voi, e di poter cedervi l'azione nascente dal prestito da me fatto al debitore, o convenendo col debitore di non ricercargli nulla, o lasciando per mia colpa rigettare la mia domanda contro al debitore, od in qualunque altra maniera, io non devo più essere ammissibile a ripetere da voi, *actione mandati contraria*, la somma da me prestata per ordine vostro a questo debitore; L. 95, §. pen. ff. *de solut.*: imperciocchè è un principio comune a tutti i contratti sinallagmatici, che quella parte la quale manca alla sua obbligazione non è ammissibile a domandare all' altra parte l' adempimento della sua.

Ma non è lo stesso riguardo ai fidejussori. Un creditore, secondo i principj dell' antico diritto romano, come osserva Cu-

jaccio, *ad d.* §., non contrae obbligazione alcuna verso i fidejussori di conservar loro le sue azioni contro al debitor principale, mentre essi ne hanno una in testa propria contro di questo. E' per una pura ragione d'equità, ch'egli non può rifiutarne la cessione al fidejussore quando eseguisce il pagamento; ma egli è tenuto a cederle come, ed in quanto le ha: per cui la convenzione da lui fatta col debitore, colla quale avesse reso inefficaci le sue azioni contro di questo, non l'esclude di poter domandare al fidejussore il pagamento del debito.

Tale era l'antico diritto, che come osserva Cujaccio, *ad d.* §. 5, non può più aver luogo dopo la novella di Giustiniano: *jure novo*, dice Cujaccio, *haud facile procedere potest*: imperciocchè Giustiniano avendo colla sua novella accordato ai fidejussori il benefizio d'escussione, *beneficium ordinis*, il quale consiste nel diritto a lor dato, quando sono convenuti dal creditore, di rimandarlo ad esigere da prima il pagamento dal debitor principale, e ad escutere a quest'effetto i di lui beni, egli è evidente che il creditore non può più in

oggi, convenendo col debitore di non domandargli il pagamento del debito, riservarsi il potere di domandarlo ai fidejussori; imperciocchè egli non può col suo fatto privarli del diritto e del benefizio che loro accorda la legge. (Questa è la massima adottata dal Codice civile, art. 2037.)

Secondo i principj del diritto francese, oltre questa ragione tratta dalla novella, perchè un creditore non possa, convenendo col debitore di non domandargli il pagamento del debito, riservarsi il potere di domandarlo ai fidejussori, ve ne ha un'altra, che non è meno decisiva; essa è tratta dalla diversità dei principj del diritto romano, e del nostro relativamente ai semplici patti.

Secondo i principj del diritto romano, non vi erano che le obbligazioni formate col solo consenso delle parti che potessero da un contrario consenso essere distrutte. Riguardo a tutte le altre quando il creditore voleva farne la remissione al debitore, poteva farla soltanto colla formola dell' accettilazione, o semplice, o Aquiliana: senza di ciò la convenzione ch'egli avesse fatta

col debitore, di non esigere da lui il debito, era soltanto un semplice patto che non poteva distruggere l'obbligazione del debitore; imperciocchè nel modo istesso che un semplice patto non può produrre un'obbligazione civile, non può del pari distruggerla. E' vero che questa convenzione dava al debitore un'eccezione per escludere il creditore dalla domanda che avesse spiegata contro di lui, contravvenendo alla fede della convenzione; ma il debitore aveva quest' eccezione dall' equità Pretoriana, e contro al rigor del diritto: l'obbligazione ch' egli aveva contratta non lasciava di sussistere *ipso jure* in lui, ed era un fondamento bastante per conservare quella dei fidejussori che vi avevano acceduto.

Succedeva lo stesso allorchè il creditore conveniva d' accordare per liberalità un certo termine al suo debitore, il quale da principio aveva contratta un' obbligazione pura e semplice e senza alcun termine. Questa convenzione non era che un semplice patto, il quale dava al debitore soltanto un'eccezione contro alla domanda, che il creditore contravvenendo alla fede

della convenzione avesse spiegata contro di lui prima dello spirare del termine. Ma se nella convenzione il creditore aveva dichiarato, ch' egli intendeva d' accordare il termine al solo debitore e non ai fidejussori, questa convenzione, secondo i principj dell' antico diritto, non gl' impediva d'agire contro ai fidejussori prima dello spirare del termine; e questi non potevano opporgli il principio di diritto, ch' è nella natura e nell' essenza della fidejussione, che il fidejussore non sia obbligato a più del debitor principale, e che abbia i medesimi termini al pagamento: imperciocchè la convenzione, colla quale il termine è stato al debitore accordato, essendo un semplice patto, non ha potuto intaccare nè diminuire la sua obbligazione: ella sussiste *ipso jure* tale quale è stata contratta, come obbligazione pura, semplice e senza termine, e lascia sussistere egualmente quelle dei fidejussori. Se il debitore può godere del termine a lui dalla convenzione accordato, ciò è solamente per un' eccezione derivata dall' equità Pretoriana contro il rigor del diritto, e ch' essendo fondata su di una considera-

zione personale pel debitore, non passa ai suoi fidejussori.

Questi principj del diritto romano intorno all'effetto dei semplici patti non sono attinti dal naturale diritto, e sono fondati soltanto sopra sottigliezze affatto opposte allo spirito ed alla semplicità del nostro diritto francese. Noi non conosciamo la formalità dell' accettilazione; e tutte le convenzioni possono produrre, estinguere e modificare delle obbligazioni civili. Quando un creditore ha convenuto col debitore di non esigere da lui il debito, questa convenzione, secondo la semplicità del nostro diritto francese, libera di pien diritto il debitore; e perciò il creditore non può validamente riservarsi il potere di domandare il pagamento ai fidejussori, poichè la liberazione del debitore trae necessariamente con se quella de' fidejussori.

Egualmente nel nostro diritto, quando dopo il contratto un creditore accorda per liberalità al suo debitore un certo termine al pagamento, non può più escludere validamente i fidejussori dal benefizio di questo termine; imperciocchè la conven-

zione facendo l'effetto di modificare di pien diritto l'obbligazione del debitore, e di cambiare un' obbligazione pura e semplice in una obbligazione con un termine al pagamento, l'obbligazione dei fidejussori riceve necessariamente la modificazione istessa ed ha lo stesso termine al pagamento dell' obbligazione del debitor principale, essendo nell' essenza delle fidejussioni, che il debitore non sia obbligato maggiormente del debitor principale.

Se nel caso di un contratto di dilazione fatto tra i creditori ed il debitore, i fidejussori non godono della remissione e dei termini accordati al debitore col contratto, come noi l'abbiamo deciso qui sopra, è perchè la remissione ed i termini a lui con questo contratto accordati non cadono che nell' obbligazione civile; l'obbligazione naturale rimane intatta, in conseguenza di che l'istesso debitore, quando a lui sopravvenisse il comodo di pagare, non potrebbe secondo il foro della coscienza godere della remissione nè dei termini che a lui fossero stati accordati. Ora questa obbligazione naturale basta, come noi l'abbiamo detto,

per servire di fondamento a quella dei fidejussori: ma quando un creditore di buon grado e per liberalità ha liberato il suo debitore, o gli ha accordato un termine, il debitore non essendo più obbligato nè naturalmente nè civilmente a pagare la somma che gli è stata rimessa, od a pagarla prima del termine, così ne viene di conseguenza che non lo sono egualmente i fidejussori.

382. Se il debitor principale col mezzo della rescissione si fa restituire contro alla sua obbligazione, la rescissione di questa sua obbligazione trae con se la rescissione di quella dei fidejussori? Bisogna fare l'istessa distinzione, che da noi si è fatta riguardo alle eccezioni. Se la restituzione è fondata su qualche vizio reale dell'obbligazione, come sul dolo, sulla violenza, sull'errore, o sull'enorme lesione, la rescissione dell'obbligazione principale trae con se quella dei fidejussori. Se al contrario la restituzione è fondata sopra ragioni personali al debitor principale, come per esempio sulla sua minor età, in questo caso la di lui ottenuta rescissione della sua ob-

bligazione non trae con se quella dei fidejussori: questo debitor principale colla restituzione acquista soltanto un mezzo di difesa a lui personale contro al suo debitore, la quale, non ostante la rescissione sussiste ancora in qualche modo *naturaliter*, ed è un soggetto bastante a cui può accedere l'obbligazione dei fidejussori. Ciò è deciso dalla legge 13, ff. *de minorib.*, e molto chiaramente dalla legge 1, Cod. *de fidejuss. min.* (*Cod. civ. art.* 2012.)

Avvi nulladimeno un caso in cui la rescissione dell'obbligazione principale, benchè per la sola causa della minor età, trae con se quella dei fidejussori; e ciò è quando il debitor principale si è obbligato in una qualità che la rescissione ha distrutta; come, per esempio, s'egli s'era obbligato in qualità d'erede, e che dopo si faccia restituire contro l'accettazione dell'eredità: imperciocchè il debitor principale non essendo obbligato in testa propria, ma nella qualità d'erede che non ha più, e che ha perduta colla rescissione dell'accettazione dell'eredità, egli ha intieramente cessato d'essere debitore, anche *naturaliter*; e la

sua obbligazione annessa a questa qualità che è distrutta non sussiste più: ciò vien deciso nella legge 89 ff. *de acquir. haered.*

383. La regola da noi stabilita, che l'estinzione dell' obbligazione principale trae con se quella del fidejussore, soffre una specie d'eccezione nel caso in cui la cosa dovuta fosse perita per fatto o per colpa del fidejussore, o dopo ch' egli è stato costituito in mora; in tal caso sebbene l' obbligazione del debitore principale, che non è stato costituito in mora, sia estinta per l'estinzione della cosa che ne formava l'oggetto, pure il fidejussore rimane obbligato. Questo è quello che decide la legge 32, §. 5, *de usur. Si fidejussor solus moram fecerit, reus non tenetur, sicuti in Stichum promissum acciderit; sed* UTILIS ACTIO *in hunc (fidejussorem) dabitur.* Ciò che fu stabilito contro il principio di diritto, che non permette giammai che l' obbligazione del fidejussore possa sussistere dopo l'estinzione dell' obbligazione principale; e questo ci viene dal giureconsulto indicato col dirci, che in tal caso l'azione che ha luogo contro al fidejussore è un'*azione utile*,

(*actio utilis*), cioè data *contra tenorem juris, ita suadente utilitate et aequitate*, a guisa di danni ed interessi, ed in pena della colpa o della mora del fidejussore.

Corollario sesto.

384. Dall'essere il fidejussore, secondo la nostra definizione, quello che s'obbliga per un altro, che accede all'obbligazione d'un altro, i romani giureconsulti avevano dedotta la conseguenza, che ogni qual volta le due qualità di debitor principale e di fidejussore si trovavano concorrere in una stessa persona, il che accade quando il fidejussore diviene erede del debitore principale; *aut viceversa*, quando il debitor principale diviene erede del fidejussore, o quando un terzo diviene erede dell'uno e dell'altro, allora la qualità di debitor principale distruggeva quella di fidejussore; poichè un fidejussore essendo essenzialmente colui che si obbligava per un altro, e non potendo essere il fidejussore di se stesso, ne deducevano che in tutti i casi sopra accennati l'obbligazione della fide-

jussione era estinta, e non restava altro che l'obbligazione principale: L. 93, §. 2, e fin. ff. *de solut.*; L. 5 ff. *de fid.* L. 24, Cod. *de fidej.* (Cod. civ. art. 1361.)

Da questo deducevano pure che se il fidejussore istesso aveva dato un altro fidejussore, il quale accedesse alla sua obbligazione, in tutti i casi sopra accennati l'obbligazione di questo fidejussore del fidejussore sarebbe estinta coll' estinzione di quella del fidejussore, la quale era come una obbligazione principale in faccia di quella di questo fidejussore; L. 38, §. *fin.* ff. *de solut.*

Secondo gli usi nostri, non si ha riguardo a queste sottigliezze, ed un fidejussore di fidejussore non è liberato dall' essere il fidejussore divenuto erede del debitor principale, *aut vice versa* (*Cod. civ. art.* 2035); ed avvi tanto più luogo d' opinare in tal modo, in quanto che i romani giureconsulti erano stati di diversi sentimenti relativamente a questo questione, *d. L.* 93, §. *fin.* Quand' anche però si decidesse, secondo il diritto romano, che succedesse in questo caso la confusione dell' obbligazione del fi-

dejussore, si dovrebbe sempre ritenere che le ipoteche date da questo fidejussore non cesserebbero di sussistere: imperciocchè le ipoteche s' estinguono solamente col pagamento; e questa confusione, che secondo la sottigliezza del diritto disobbliga il fidejussore, nella sua qualità di fidejussore, non equivale a un pagamento, come è deciso dalla *d. L.* 38, §. *fin.*

Quando il fidejussore diviene erede del suo confidejussore, è indubitabile, che non si fa confusione alcuna, e che le due obbligazioni sussistono, sebbene riunite in un' istessa persona; L. 21, §. 1, ff. *de fidej.*; nello stesso modo che sussistono le due obbligazioni quando un debitor principale succede al suo condebitor principale; L. 5, ff. *d. tit.*

385. Dall' essere nell' essenza dell' obbligazione dei fidejussori, di accedere all' obbligazione di un debitor principale, non bisogna dedurne ch' essa sia estinta, quando il debitor principale è morto senza aver lasciato eredi. La ragione di dubitare sarebbe, che non resta in questo caso alcun debitor principale alla di cui obbligazione

possa accedere il fidejussore. Ma la ragione sulla quale la nostra decisione si appoggia, e che può nel tempo istesso servire di risposta ad una tale obbiezione, si è, che la successione di questo debitor principale, sebbene vacante, lo rappresenta, e tiene luogo della sua persona, secondo la regola, *Haereditas jacens personae defuncti vicem sustinet*; e per conseguenza resta, almeno *fictione juris*, un debitor principale, alla obbligazione del quale accede quella dei fidejussori.

Vice versa, quando il creditore, verso di cui ha avuto luogo la fidejussione, muore, e lascia la sua successione vacante, questa successione lo rappresenta, ed è una persona fittizia verso della quale la fidejussione continua a sussistere.

386. Quando la fidejussione ha avuto luogo verso di un creditore, in una certa sua qualità, la fidejussione sussiste verso le persone in cui questa qualità è passata. Così, per esempio, se io ho prestata fidejussione pel debitore d'una successione, verso all'erede, in questa sua qualità d'erede; se questo erede dopo ha restituita l'eredità ad un

erede fedecommissario, nella di cui persona è passata la qualità d'erede, e tutti i diritti ereditarj, la fidejussione sussiste verso l'erede fedecommissario; L. 21, ff. *de fidejuss.*

SEZIONE II.

Divisione dei fidejussori o sicurtà.

387. Noi abbiamo nel nostro diritto Francese tre diverse specie di fidejussioni, o di sicurtà; le fidejussioni cioè puramente convenzionali, le legali, e le giudiziarie.

Le convenzionali sono quelle, che intervengono, in virtù della convenzione delle parti, nei diversi contratti, come nei contratti, di prestito, di rendita, di locazione, ed altri simili. Se per esempio uno prende a mutuo del denaro, e dà un fidejussore, il quale s'obbliga verso del mutuante alla restituzione della cosa prestata, oppure compra una cosa o la prende in affitto, e dà un fidejussore, che s'obbliga con lui al pagamento del prezzo o dell'affitto: in allora tali fidejus-

dejussori sono *fidejussori convenzionali:* non è infatti nè la legge nè il giudice, che ordini queste fidejussioni, ma è la sola convenzione delle parti che le ha fatte intervenire, poichè il mutuatario, il compratore, il conduttore, hanno convenuto col mutuante, col venditore, col locatore di prestare cauzione.

Le fidejussioni *legali* sono quelle che la legge ordina di prestare, come quelle che un donatario reciproco o qualunque altro usufruttuario è tenuto di prestare per godere dei beni di cui gli è stato donato o legato l'usufrutto, ec.

Le fidejussioni *giudiziarie* sono quelle, che sono ordinate dal giudice; come allorchè il giudice ordina, che una persona riceverà provvisionalmente una somma, prestando cauzione di conferirla, quando risulti che ciò fare si debba.

SEZIONE III.

Delle qualità che devono avere i fidejussori.

§. I.

Delle qualità che deve avere una persona per contrarre validamente una fidejussione.

388. Prima di tutto bisogna che il fidejussore sia capace di contrattare e d' obbligarsi come fidejussore.

Tutti coloro che sono incapaci di contrattare, come i pazzi, gl' interdetti, i pupilli, le donne maritate non autorizzate, non possono essere fidejussori.

389. Secondo il diritto romano, le donne non potevano obbligarsi come fidejussori negli affari altrui; il senatus-consulto Vellejano annullava la loro obbligazione.

Giustiniano però, colla sua novella 134 *cap*. 8, aveva permesso alle donne di rinunziare nell' obbligarsi all' eccezione che loro accordava questo senatus-consulto.

Questo diritto fu altrevolte seguito in Francia: ma siccome la clausola di rinunzia al senatus-consulto Vellejano, divenuta di stile negli atti notarili, ne rendeva inutile l' effetto, e solo ne risultavano delle liti, così piacque al re Enrico IV. d'abrogare intieramente, col suo editto del 1606, il diritto del senatus-consulto Vellejano; e per conseguenza egli non ha più luogo in tutta la giurisdizione del parlamento di Parigi, ove quest' editto è stato registrato.

In Normandia, ove quest' editto non fu registrato, si osserva in tutto il suo rigore il diritto accordato dal senatus-consulto Vellejano; e non è seguita la novella, che permette alle donne di rinunziarvi.

In questa diversità di giurisprudenza si deve seguire la legge del luogo del domicilio che aveva la donna quando ha contratta la fidejussione; imperciocchè le leggi regolatrici delle obbligazioni delle persone, nel qual numero è il senatus-consulto Vellejano, che non permette alle donne di obbligarsi per altri, sono statuti personali ch' esercitano il loro impero su tutte le

persone che vi sono sottomesse pel domicilio che hanno nel loro territorio, qualunque sia il luogo in cui sono situati i beni di queste persone, e qualunque sia il luogo in cui esse contrattano. Perciò se una donna domiciliata in Normandia si fosse costituita fidejussore per qualcuno, benchè l'atto di fidejussione fosse stato eretto in Parigi, ove il senatus-consulto Vellejano è abrogato, la fidejussione sarebbe nulla.

Ma sebbene una donna si fosse maritata in Normandia, se dopo il marito avesse trasferito il suo domicilio a Parigi, essa avendo cessato, con questa traslazione di domicilio, d'essere soggetta alle leggi di Normandia, le fidejussioni da essa contratte dopo questa traslazione di domicilio sarebbero valide.

Essendo nulla l'obbligazione personale contratta da una Normanda, rendendosi fidejussore, ne viene di conseguenza che è parimenti nulla l'ipoteca de' suoi beni sotto a cui si fosse obbligata, benchè i beni fossero situati a Parigi, non potendo giammai sussistere l'ipoteca senza l'obbligazion personale di cui essa è l'accessorio.

Vice versa, se una Parigina si è costituita fidejussore con atto notarile, i suoi beni, benchè situati in Normandia, saranno ipotecati, essendo quest' ipoteca una conseguenza dell' obbligazione da essa contratta con un atto autentico.

Si farà forse quest' obbiezione: si conviene, dirassi, che il senatus-consulto Vellejano è uno statuto personale in quanto alla prima sua parte, colla quale proibisce alle donne d'obbligare le loro persone per altrui; ma egli ha una seconda parte, colla quale parimenti gli proibisce d' obbligare i loro beni pei debiti altrui. Il senatus-consulto Vellejano avendo, per oggetto di questa seconda parte, delle cose, è in quanto a questa uno statuto reale; e secondo la natura degli statuti reali egli esercita il suo impero su tutte le cose situate nel territorio ove è in vigore, qualunque sia la persona a cui esse appartengono: dunque egli annulla l' obbligazione che una donna, benchè persona non personalmente sottomessa al suo impero, impone sopra i suoi beni situati in Normandia pel debito altrui.

Ma a ciò si risponde, che un tale argo-

mento prova soltanto, che se una Parigina senza rendersi fidejussore, e senza personalmente obbligarsi, obbligasse i suoi beni situati in Normandia pel debito altrui, questa obbligazione sarebbe nulla, poichè il senatus-consulto Vellejano osservato in Normandia, e che ha il suo impero sulle cose che vi sono situate, ne impedisce l' obbligazione pel debito altrui: ma quando l' obbligazione dei detti beni è puramente una conseguenza dell' obbligazione personale che una Parigina ha contratta con un atto avanti notajo, la legge di Normandia non può annullarla; imperciocchè questa legge non avendo alcun impero sull' obbligazione personale d' una Parigina, non ne può avere nemmeno su di ciò che ne è puramente un accessorio.

Il senatus-consulto Vellejano, essendo statuto personale solamente in quanto alla prima parte, ed essendo statuto reale in quanto alla seconda, ne segue, che una donna Normanda, non rendendosi fidejussore, e non contraendo alcuna obbligazion personale, può obbligare pel debito altrui i di lei beni situati fuori di Normandia, in

una provincia ove il senatus consulto Vellejano sia abrogato; imperciocchè gli statuti reali esercitano il loro impero solamente sulle cose situate nel loro territorio.

(Questa discussione è inutile in oggi; la donna quand'è autorizzata o dal marito o dal giudice può alienare od ipotecare i suoi beni proprj o dei tali. Avvi a questo proposito una sola eccezione nel caso, in cui i conjugi si fossero maritati sotto al regime dotale. La donna allora non può nè alienare, nè ipotecare i suoi immobili costituiti in dote. (*Cod. civ. art.* 1554, 2177).

390. I minori, benchè emancipati, non s'obbligano validamente come fidejussori per gli affari altrui, poichè l'emancipazione gli dà soltanto il potere d'amministrare i loro beni, ed è evidente che la fidejussione per gli affari altrui non fa parte di questa amministrazione. (*Cod. civ. art.* 481 *e seg.*).

Questo ha luogo anche riguardo ad un minore mercante, che si rendesse fidejussore di un altro mercante per un affare di commercio, nel quale egli non avesse interesse alcuno: imperciocchè la sua qualità di mercante gli dà il potere di contrattare

senza speranza di restituzione, solamente per gli affari del suo commercio: ora un affare di un altro mercante, in cui non ha alcun interesse, non è un affare del suo commercio. *Basnage*, *Trattato delle Ipotec. part.* 2, *cap.* 2; *Despeisses*, *Trattato de Fidejuss.* §. 1.

Per la ragione istessa un minore, che per dispensa del principe esercitasse una pubblica carica, potrebbe egualmente essere restituito contro una fidejussione da lui contratta: imperciocchè la dispensa del principe lo fa riputar maggiore soltanto relativamente a ciò che concerne la carica pubblica ch'egli a lui permette di possedere; dal che ne segue, che le sole obbligazioni relative all'amministrazione di questa carica sono quelle ch'egli può contrarre senza speranza di restituzione. Questi principj sono certi, non ostante un decreto contrario citato da Despeisses, *ibid.*

Vi sono dei casi estremamente favorevoli, nei quali può esser valida la fidejussione di un minore. Si è giudicato, per esempio, che un minore non deve esser restituito contro la sua fidejussione prestata, onde liberare il padre dalla prigione.

La fidejussione di un minore, prestata a quest'oggetto, deve sopra tutto essere confermata allorchè il padre non aveva il mezzo della cessione dei beni onde sortir da prigione, e quando una tale fidejussione non cagioni un danno ed un disordine troppo notabile nella fortuna del figlio. Ma se il padre aveva il mezzo della cessione dei beni, si deve soccorrere il figlio minore, che ha avuta la condiscendenza di prestare in favor di suo padre una fidejussione considerabile che non era necessaria. Si può parimenti considerare l'età del minore: cosicchè colui ch'era prossimo alla maggior età, deve esser restituito più difficilmente contro alla sua fidejussione fatta per una tal causa, di quello ch' era in un'età meno avanzata. Basnage pretende, che acciocchè la fidejussione di un minore non sia in questo caso soggetta a rescissione, bisogna che quando l'ha prestata, il minore avesse almeno l' età di diciott' anni, la quale è l'età della piena pubertà, e quella in cui, per la novella 115, *cap.* 3, §. 13, i figli erano obbligati sotto pena della diseredazione a liberare i loro padri prigioni: egli cita un decreto che an-

nulla una fidejussione fatta a quest'oggetto da un minore di sedici anni. In tutti questi casi però si ha molto riguardo alle diverse circostanze; e da ciò nasce la varietà dei decreti riportati da Brodeau, sopra Louet, *l. A, cap.* 9. (La diseredazione in oggi non ha più luogo; esistono solamente alcune cause d'indegnità, nel numero delle quali questa non è compresa. *Vedete Cod. civ art.* 727).

§. II.

Delle qualità richieste perchè una persona sia ammessa ad essere fidejussore.

391. Allorchè un debitore è obbligato o dalla legge o dal giudice o dalla semplice convenzione a dare un fidejussore al suo creditore; perchè sia ammissibile il fidejussore ch' egli presenta, non basta che abbia questa prima qualità ch'è richiesta avanti d' ogni altra, e che consiste nell' esser capace d' obbligarsi come fidejussore; ma bisogna inoltre, 1.° che questo fidejussore sia solvibile, ed abbia beni sufficienti per ri-

spondere dell' obbligazione alla quale egli accede.

Quando il creditore, a cui il fidejussore è presentato, contrasta la di lui solvibilità, il fidejussore deve giustificarla col mostrare i titoli dei beni immobili ch'egli possiede; altrimenti il fidejussore deve essere rigettato. (*Cod. civ. art.* 2018).

Per giudicare della solvibilità d'un fidejussore e della sufficienza de' suoi beni, onde rispondere del debito, non si ha riguardo ordinariamente a' suoi beni mobili, poichè questi facilmente s'alienano e non ammettono ipoteca: nulladimeno quando il debito è modico, e non deve durar lungo tempo, si ammettono per fidejussori dei mercanti, i quali abbiano un ben stabilito commercio, benchè le fortune loro consistano soltanto in beni mobili.

Non si ha riguardo parimenti a' beni immobili litigiosi, nè a quelli situati in un paese troppo distante, essendone troppo difficile l'esecuzione. *Basnage*, *ibid.* (*Cod. civ. ibid.*)

2.° Il fidejussore deve essere domiciliato nel luogo in cui la fidejussione deve esser

prestata, cioè nell' estensione del balliagio, affinchè l' escussione non riesca troppo difficile. *Fidejussor. locuples videtur non tantum ex facultatibus, sed ex conveniendi facilitate*; l. 2, ff. *Qui satisd.* (Il Codice civile richiede che il fidejussore sia domiciliato nella giurisdizione del tribunale d'appello in cui la fidejussione deve esser prestata. *Art.* 2018.) Ciò non ostante a questo riguardo si ha un' indulgenza maggiore verso di quelli che sono obbligati a dar sicurtà dalla legge o dal giudice, che verso coloro che volontariamente hanno promesso di darla: questi non devono essere ammessi ad allegare che non ne possono trovare sul luogo, poichè essendosi sottomessi volontariamente a prestarla, *sibi imputare debent*: devonsi invece ammettere facilmente gli altri a dare per sicurtà delle persone del loro paese, quando non possano trovarne nel luogo ove la sicurtà deve essere prestata. *Basnage, Despeisse.*

3.° Per la ragione istessa se si presentasse per fidejussore una persona potente, il creditore potrebbe rifiutarla. Si potrebbe parimenti rifiutare una persona che pel suo

diritto di *committimus*, potrebbe tradurre il creditore in un' altra giurisdizione, od un militare che sarebbe nel caso d'ottenere delle lettere di stato. *Vedete Basnage*, *trattatto delle ipot. p.* 2, *cap.* 2. (In oggi non esistono più *committimus.*)

Un' altra qualità richiesta nelle persone che si presentano per sicurtà giudiziarie, è ch' esse siano soggette all' arresto personale : e perciò si possono rifiutare per sicurtà giudiziarie le donne, gli ecclesiastici che hanno avuti gli ordini sacri ed i settuagenarj, poichè queste persone non sono all' arresto personale soggette.

Sul modo di ricevere le sicurtà, *vedete l' ordinanza del* 1667, *tit.* 28.

§. III.

Dei casi in cui un debitore è tenuto a prestare una nuova sicurtà in luogo di quella che è già stata accettata.

392. Se la sicurtà aveva le qualità richieste allorchè è stata accettata, ma dopo ha cessato d' averle; *puta*, se da solvibile

che essa era è divenuta insolvibile, il debitore sarà obbligato di prestarne un'altra? Bisogna distinguere. Egli vi sarà obbligato, se la sicurtà è legale o giudiziaria: *si calamitas insignis fidejussoribus vel magna inopia accidit, ex integro satisdandum erit.* L. 10, §. 1. *Quid satisd. cog.* L. 4, ff. *de stipul. praet.*

Se la sicurtà è convenzionale bisogna distinguere nuovamente. Se io mi sono obbligato indeterminatamente a dare una sicurtà, ed in esecuzione di questa obbligazione ne ho data una che dopo è divenuta insolvibile, converrà che io ne dia un'altra: ma se io ho contrattato da principio sotto la sicurtà del tale, o mi sono obbligato a dare un tale per sicurtà, e questo dopo è divenuto insolvibile, io non posso essere obbligato a darne un altro, poichè io ho promesso soltanto di dare per sicurtà colui che ho dato difatti. (*Cod. civ. art.* 2020.)

393. Ci resta finalmente la questione di sapere, se colui ch'è tenuto di dare una sicurtà possa essere ammesso a dare invece dei pegni sufficienti onde rispondere del debito. Per la negativa si allega la mas-

sima di diritto, *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*; massima che ha luogo anche quando la cosa offerta fosse migliore: da cui sembra seguirne, che il creditore a cui si deve una sicurtà non è obbligato di ricevere invece dei pegni. Nulla ostante queste ragioni, si deve facilmente permettere a colui, che deve una sicurtà, di dare invece dei pegni, quand' egli non possa trovare la sicurtà, poichè colui a cui questa è dovuta non avendo altro interesse che quello di procurarsi una sicurezza, e trovandone una eguale o maggiore nei pegni, *cum plus cautionis sit in re quam in persona et tutius sit in pignori incumbere quam in persona agere*, sarebbe dalla sua parte una pura malvagità quella di rifiutare i pegni in luogo della sicurtà, se ciò che a lui si offre in pegno può custodirsi senza imbarazzo, e senza alcun pericolo. *Basnage ibid.*

(Secondo il Codice civile, colui che non può trovare una sicurtà viene ammesso a dare invece un pegno sufficiente ad assicurare il credito. *Suff. tam.* art. 2041.)

SEZIONE IV.

Per chi, verso chi, per quale obbligazione e come possono esser fatte le fidejussioni.

§. I.

Per chi, e verso chi.

394. Si può rendersi sicurtà per qualsisia debitore, anche per una successione vacante, *cum personae vicem sustineat*; L. 22, ff. *de fidej.*; ed egualmente verso qualunquesisia creditore di colui, pel quale si obbliga. Si può parimenti rendersi sicurtà anche per gl'impuberi, pei pazzi, per gl'interdetti, per quelle cause però per le quali queste persone possono essere validamente obbligate, senz'alcun fatto dalla loro parte. Se, per esempio, io ho utilmente amministrato gli affari d'un impubere, o d'un interdetto, essendo in tal caso questo impubere o quest'interdetto obbligati *ex quasi contractu* verso di me,

a

a restituirmi le somme da me sborsate pe' suoi affari, e che si sono convertite in suo vantaggio, si può, in quanto alle somme suddette, rendersi sicurtà per lui verso di me. In questo senso Cujaccio insegna doversi intendere la legge 25, ff. *de fidejussor.*, che dice: *Si quis pro pupillo sine tutoris autoritate obligato, prodigove, vel furioso fidejusserit, magis esse ut ei non subveniatur.* Questa spiegazione fa sparire la contraddizione che Basnage trova tra questa legge, e la legge 6, ff. *de verbor. oblig.*, che dice: *Is cui bonis interdictum est . . . non potest promittendo obligari, et ideo nec fidejussor pro eo intervenire potest:* imperciocchè invece che nel caso precedente l'interdetto deve esser supposto validamente obbligato, in questo al contrario l'interdetto non è per nulla obbligato, essendo di contrattare incapace. D'onde ne segue, che parimenti non lo è il suo fidejussore, non potendo esistere fidejussione senza un' obbligazion principale, *supra n.* 367. Cajo stabilisce chiaramente la nostra distinzione nella legge 70, §. 4, ff. *de fidejuss. Si a furioso*, dic' egli, *stipulatus fueris, non*

posse te fidejussorem accipere certum est. Quod si pro furioso jure obligato fidejussorem acceperis, tenetur fidejussor.

Egli è evidente, che non si può rendersi fidejussore per se stesso; L. 22, §. 2, ff. *d. tit.*, nè verso di se stesso.

395. Non si può rendersi fidejussore che verso il creditore di colui al quale si fa sicurtà; la fidejussione, che si contraesse verso colui, che non è suo creditore, ma che soltanto ha il potere di ricevere il debito, non sarebbe valevole; L. 23, ff. *d. tit.*

§. II.

Per quale obbligazione.

396. Si può rendersi sicurtà per qualunque siasi obbligazione: *Fidejussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur*; L. 16, §. 3, ff. *d. tit.*

Osservate che le obbligazioni naturali, relativamente alle quali in questo testo si dice che possono intervenire de' fidejussori,

sono quelle a cui non veniva accordata azione dalla legge civile, come quelle costituite da un semplice patto, o contratte da schiavi, e che d'altronde non erano dalle leggi riprovate; ma un fidejussore non può utilmente intervenire per obbligazioni riprovate dalle leggi, sebbene esse obblighino nel foro della coscienza, e possino per questo lato essere chiamate obbligazioni naturali.

Fondate infatti su questo principio decidono le leggi, che un fidejussore non può validamente accedere all' obbligazion d' una donna, che s'è obbligata contro la proibizione del senatus-consulto Vellejano; L. 16, §. 2, ff. *ad senatusc. Vellejan.*; L. 14, Cod. *d. tit.* Imperciocchè sebbene nel foro della coscienza sia tenuta questa donna di soddisfare alla sua obbligazione, nulla di meno questa obbligazione essendo stata contratta contro la proibizion della legge, è riguardata come nulla nel foro esteriore, e per conseguenza non può servire di fondamento all' obbligazione d' un fidejussore. La legge annullando l' obbligazion della donna, annulla tutto ciò che ne dipende,

e per conseguenza anche le fidejussioni, che ne sono accessorj. Quest'è il senso delle parole della legge 16, §. 1, *quia totam obligationem senatus improbat.*

Sembrami che si debba decidere lo stesso riguardo ad una fidejussione che qualcuno avesse prestata per una donna sotto la podestà del marito, la quale avesse contratta qualche obbligazione senza esservi autorizzata. Si deve pure deciderlo *a fortiori*: imperciocchè la legge non annullava che *per exceptionem* l'obbligazione della donna che si era obbligata contro il Vellejano; ma secondo il nostro diritto statutario si può dire che l'obbligazione di quella donna che è stata contrattata senza esservi autorizzata, quantunque possa esser valida nel foro della coscienza, è però nulla *ipso jure* nel foro esterno, avvegnachè li nostri statuti la dichiarino assolutamente inabile a contrattare ed incapace di obbligarsi. *Donna maritata non si può obbligare*, ec. Parigi *art.* 234. *Non può in nessun modo contrattare*; Orleans, *art.* 194. Domat, *tit. des cautions, sect.* 1, *n.* 4, è di parere contrario al nostro; e Basnage cita una decisione del Par-

lamento di Borgona riportata da Bouvot, la quale ha ritenuta valida una fidejussione per una donna, la quale aveva contrattato senza essere autorizzata: io non credo però che debbasi seguire questa decisione. La distinzione su cui Basnage cerca fondare questa decisione, cioè se l' obbligazione principale è nulla *ratione rei in obligationem deductae*, o se essa lo è *ratione personae*, non sembrami ben solida. Un' obbligazione, in qualunque parte essa sia nulla, tanto *ratione rei*, quanto *ratione personae*, non è una vera obbligazione; ed è della natura delle fidejussioni non poter esse sussistere se non avvi una vera obbligazion principale, *supra*, n. 367. Non si deve agguagliare la donna sotto la podestà del marito al minore. L'obbligazione di un minore non è nulla; la via della restituzione che le leggi gli accordano contro la sua obbligazione suppone un' obbligazione: ve ne ha dunque una alla quale possono concorrere delle fidejussioni. (*Cod. civ., art.* 2012.) Ma l' obbligazione di una donna sotto la podestà del marito la quale contratta senza essere autorizzata è assolutamente nulla;

non avvi dunque alcuna obbligazione alla quale la fidejussione abbia potuto accedere. (Noi abbiamo più sopra osservato che oggigiorno l'obbligazione della donna non è più nulla *ipso jure*; e che non lo può essere, se non allorquando essa, suo marito, od i loro eredi reclamassero. Quindi non è più ammissibile la decisione dell'autore.)

Ma se qualcheduno si fosse obbligato unitamente ad una donna non autorizzata, non già come fidejussore di questa donna, ma come debitor principale, la nullità dell'obbligazione della donna non importerebbe punto la nullità della sua. Per esempio, se una donna non autorizzata ed io avessimo preso a prestito da voi una certa somma di danaro il quale avesse servito per questa donna, e che ci fossimo solidariamente obbligati di rendervela, la donna non si troverà già verso di voi obbligata qualora essa abbia dissipata questa somma, ma io sarò obbligato a restituirvela, avvegnachè io sia il debitor principale, ed avendola voi imprestata: mentre perchè io sia riputato essere colui che la prende a prestito non è punto necessario che l' abbia io stesso ri-

cevuta, ma basta che voi l' abbiate realmente contata e consegnata a questa donna con mio consentimento.

Essendo nulle le obbligazioni contrarie ai buoni costumi, ne viene quindi che non si può per esse rendersi cauzione. (*Cod. civ.*, *art.* 2012). Per erempio, se qualcuno incaricandomi di commettere un delitto si fosse verso di me obbligato d'indennizzarmi di tutte le conseguenze che seco trarrebbe questo delitto, e di darmi una certa ricompensa, non si potrebbe validamente rendersi fidejussore di una tale obbligazione, la quale essendo contraria ai boni costumi è nulla, e per conseguenza non può essere il soggetto di una fidejussione. E' in questo senso che dicesi: *maleficiorum fidejussore accipi non posse*: ma si può però validamente rendersi fidejussore di colui che ha commesso il delitto per la riparazione del male ch'egli ha fatto. *L.* 70, §. *fin.*, *ff. de fidejuss.*

397. Si può rendersi fidejussore anche per l'obbligazione di un fatto personale, la di cui prestazione non può farsi che dal debitor principale, *l.* 8, §. 1, *ff. de op. lib.*; imperciocchè l'inesecuzione di questa obbli-

gazione si converte in un' obbligazione di danni ed interessi che il fidejussore può pagare; ciò che basta perchè sia utilmente contratta la fidejussione.

398. Il diritto romano non permetteva che una donna ricevesse un fidejussore di suo marito per la restituzione della sua dote; questa diffidenza, a riguardo di colui al quale essa confidava e sottometteva la sua persona, sembrò agl' Imperatori ledere la decenza; *l. 1 et 2, Cod. de fid. vel mand. dot.* Queste leggi però non sono da noi osservate.

(Il marito può essere obbligato, col contratto di matrimonio, a prestar cauzione per la dote della sua moglie. *Cod. civ. art.* 550.)

399. Si può rendersi fidejussore non solo d' una obbligazion principale, ma eziandio di una fidejussione. *Pro fidejussore fidejussorem accipi posse nequaquam dubium est;* l. 8, §. 12 (*Cod. civ. art.* 2014.)

I nostri mallevadori di fidejussori sono una specie di fidejussori di fidejussore.

400. Finalmente si può rendersi cauzione anche d' un' obbligazione che deve contrattarsi, ma che non lo è ancora. *Adhiberi fidejussor tam futurae quam praesenti obligationi*

potest; *l.* 6, §. *fin. d. tit.*; in maniera però che l'obbligazione risultante da questa fidejussione non comincierà a nascere che dal giorno che si contratterà l'obbligazion principale: avvegnachè sia di sua essenza il non poter sussistere senza un'obbligazion principale. Secondo questi principj io potrò bene anche oggi rendermi fidejussore verso di voi per una somma di mille scudi che vi proponete d'imprestare a Pietro; ma l'obbligazione risultante da questa fidejussione non comincierà ad avere effetto che dal giorno che voi avrete fatto effettivamente questo prestito a Pietro: fin tanto che voi non lo avrete ancor fatto, e che la cosa sarà intiera, io potrò cambiare di volontà, notificandovi di non fare quest'imprestito a Pietro, mentre io non intendo di più oltre prestar cauzione per lui. Basnage, *Traité des Hypot. p.* 2, *ch.* 6.

§. III.

Come si contraggono le fidejussioni.

401. Secondo il diritto romano le fidejussioni si contraevano soltanto colla stipulazione. Ma la stipulazione non essendo in uso fra noi, la fidejussione può contrarsi con una semplice convenzione o per atto avanti notajo, o per scrittura privata od anche verbalmente; salvo però che se l' oggetto è maggiore di cento lire, non è ammessa la prova testimoniale della convenzione verbale.

402. Sebbene la fidejussione possa contrarsi con una lettera missiva od anche verbalmente, bisogna nulladimeno aver gran cura di non prendere per fidejussione ciò che dice o scrive una persona, quando non vi sia una bene espressa volontà di rendersi fidejussore. (La fidejussione non si presume, essa deve essere espressa. *Cod. civ. art.* 2015). Se io perciò v'ho detto o v'ho scritto in una lettera, che un uomo a cui voi volete prestar del denaro è solvibile,

ciò non può prendersi per una fidejussione; poichè io posso aver avuta soltanto l' intenzione di rendervi certo di quel che io credeva, e non già d' obbligarmi. Secondo questi principj, è stato giudicato da un decreto riportato da Papon X. 4, 12, che non racchiudevano alcuna obbligazione le parole seguenti di una lettera scritta ad uno che teneva delle persone in pensione: *un tale deve mettere suo figlio in pensione presso di voi; egli è un uomo di probità che vi pagherà bene.* Secondo lo stesso principio, se io accompagno una persona da un mercante per comprare delle stoffe, il mercante non deve concludere da ciò che io mi sia reso fidejussore di questa persona.

Sebbene una persona abbia cominciato a pagare per un altro, anche per suo figlio, pagando per lui una porzione del suo debito, non si può concluderne che abbia voluto rendersi fidejussore pel di più del debito istesso; l. 4, cod. *ne uxor, pro marito etc.*

Se fosse stato espresso in un'obbligazione che essa è stata fatta in presenza, e che io l'ho sottoscritta, non si potrebbe da ciò

concludere che io mi sia reso fidejussore: ma in questo caso si deve riputare che io abbia sottoscritto soltanto come testimonio; l. 6, cod. *de fidejuss.*

403. Quando il debitore è obbligato di prestar sicurtà, o per convenzione o per legge, il creditore può esigere che il fidejussore si obblighi con atto avanti notajo.

I fidejussori giudiziarj s' obbligano alla cancelleria del tribunale con un atto che viene ricevuto dal cancelliere.

404. Nulla importa che la fidejussione sia contratta piuttosto nel tempo istesso dell' obbligazion principale che in tempi diversi, cioè o prima o dopo.

Non è necessario che quello per cui la fidejussione è contratta v'acconsenta; l. 30, ff. *d. tit.* (*Cod. civ. art.* 2104).

SEZIONE V.

Dell' estensione delle fidejussioni.

406. Per giudicare dell' estensione dell'obbligazione del fidejussore, bisogna considerare attentamente le parole della fidejussione.

Quando il fidejussore ha espresso per qual somma o per qual causa egli si rendeva fidejussore, la sua obbligazione s'estende soltanto alla somma od alla causa da lui espressa, (*Cod. civ. art.* 2015). Se, per esempio, qualcuno si è verso di me reso fidejussore del mio affittuale pel pagamento de' suoi affitti, egli non sarà tenuto alle altre obbligazioni nascenti dalla locazione, come a quelle risultanti dai danni che l'affittuale recato avesse, od alla restituzione delle anticipazioni che gli fossero state fatte, ec.

Se qualcuno si è reso fidejussore per la somma principale dovuta dal principale obbligato, egli non sarà tenuto agl' interessi che questa somma produce; l. 68, §, 1, ff. *d. tit.*

Quando al contrario le parole della fidejussione sono generali ed indefinite, si reputa che il fidejussore siasi obbligato per tutte le obbligazioni del debitor principale, risultanti dal contratto al quale egli ha acceduto; si reputa cioè che egli siasi reso fidejussore per lui *in omnem causam.*

Se, per esempio, la fidejussione, con

cui uno si è reso verso di me fidejussore del mio conduttore, dice in termini generali che egli si è reso fidejussore dalla locazione, egli sarà tenuto non solo al pagamento degli affitti, ma generalmente a tutte le obbligazioni derivanti dalla locazione; come, per esempio, ai danni recati, alla restituzione delle anticipazioni, o dei mobili che si fossero al conduttore lasciati per la coltivazione dei beni locati, *dotes praediorum*; l. 52, §, 2, ff. *d. tit.*; ai danni ed interessi risultanti dalle usurpazioni che il conduttore si fosse lasciato fare, ec.

Colui che si rende fidejussore con parole generali, è parimenti tenuto non solo alla somma principale dovuta da colui pel quale si è obbligato, ma ancora a tutti gl' interessi che ne fossero dovuti; l. 2, §. 11 e 12, ff. *de adm. rer. ad civit. pertin.*, l. 54, ff. *locat.*

Egli è tenuto non solo a quelli dovuti *ex rei natura*, ma anche a quelli prodotti dalla mora, in cui trovasi costituito il principal debitore: *Paulus respondit, si in omnem causam condutionis se obligavit, eum quoque exemplo coloni, tardius illaturum per*

moram coloni pensionum praestare debere usuras ; d. l. 54.

Egli deve parimenti essere tenuto alle spese fatte contro al principal debitore, poichè queste sono un accessorio del debito: ma egli deve esservi tenuto soltanto dal giorno in cui gli sono stati denunziati gli atti intrapresi contro al debitor principale; il che fu stabilito per impedire che non venisse un fidejussore rovinato con spese fatte spesse volte senza sua saputa, e che egli avrebbe potuto evitare pagando qualora ne fosse stato avvertito: perciò adunque, sintantochè non gli sono stati denunziati gli atti intrapresi contro al debitor principale, egli deve esser tenuto soltanto alle spese portate dal primo atto di domanda. (*Cod. civ. art.* 2016).

406 Per quanto estesa sia e generale, la fidejussione si limita però sempre alle obbligazioni nascenti dal contratto istesso pel quale il fidejussore si è obbligato, e non comprende giammai quelle che nascessero da una causa diversa.

Eccone un esempio. Un creditore nelle nostre colonie ha prestato del danaro a qual-

cuno, e per maggior sicurezza il debitore gli ha dato in pegno un negro che egli sapeva esser ladro, senza avvertirne il creditore. Il negro ha rubato al creditore, al quale era stato dato in pegno. Il creditore può agire pei danni ed interessi, *contraria pignoratitia actione*, contro al debitore che ha mancato d'avvertirlo; ma la fidejussione non si estenderà a questi danni ed interessi nascenti da una causa estranea al prestito, pel quale il fidejussore ha prestata la sua sicurtà: *Ea actio fidejussorem onerare non poterit, cum non pro pignore, sed pro pecunia mutua fidem suam obliget*; l. 54, ff. *de fidejuss.*

Per l'istessa ragione, quello che si è reso fidejussore di un amministratore delle rendite pubbliche, è obbligato soltanto alla restituzione del pubblico denaro, e non alle multe, alle quali fosse stato condannato questo pubblico amministratore, per le malversazioni commesse nella sua amministrazione. Così fu deciso dall' Imperatore Severo, *fidejussores magistratuum, in poenam vel mulctam non convenire debere decrevit*; L. 68, ff. *d. tit.* Ed in generale, in qualunque

lunque si sia caso, la fidejussione non s'estende alle pene, alle quali il debitore è stato condannato, *officio judicis, propter suam contumaciam*; poichè questa è una causa estranea al contratto: *non debet imputari fidejussoribus, quod ille reus propter suam poenam praestitit*; L. 73, ff. *d. tit.*

SEZIONE VI.

In qual modo s' estinguano le fidejussioni, e delle diverse eccezioni, che la legge accorda ai fidejussori.

ARTICOLO PRIMO.

In qual modo s' estinguano le fidejussioni.

407. L' obbligazione risultante dalla fidejussione s' estingue,

1.° In tutti i diversi modi, con cui si estinguono tutte le obbligazioni: noi li riporteremo *infra*, *Part.* 3. (*Cod. civ., art.* 2034.)

2.° E' nella natura delle fidejussioni, al pari di tutte le altre obbligazioni accessorie,

che l'estinzione dell'obbligazion principale trae con se l'estinzione delle fidejussioni, e la liberazione dei fidejussori; *supra*, *n.* 377 *e seg.*

3.° Il fidejussore è liberato ogni qualvolta il creditore si è posto per fatto proprio fuori di stato di potergli cedere le sue azioni contro alcuno dei debitori principali, nelle quali il fidejussore aveva interesse d'essere surrogato; (*Cod. civ. art.* 2038) *infra*, *part.* 3, *cap.* 1, *art.* 6, §. 2.

4.° Quando il creditore ha volontariamente ricevuto dal debitore qualche stabile in pagamento d'una somma di danaro a lui dovuta, è liberato il fidejussore sebbene lungo tempo dopo egli soffra l'evizione di questo stabile? La ragione di dubitare nasce dal non essere in questo caso valido il pagamento, non avendo trasferito la proprietà della cosa a quello a cui fu fatto; *infra*, *part.* 3, *cap.* 1, *art.* 3, §. 3. L'obbligazione per conseguenza sussiste, e da ciò sembra seguirne che debba sussistere anche quella dei fidejussori. Basset, *IV*, 22, 5, riporta infatti un decreto del suo parlamento, che ha così giudicato. Non ostante que-

ste ragioni, e sebbene non si possa negare che il pagamento in questo caso non è valido, e che l'obbligazione principale sussiste, è stato però giudicato da varj decreti riportati da Basnage, *Trattato delle Ipoteche*, *p.* 3, *cap. fin.*, che il creditore non era in questo caso ammissibile ad agire contro i fidejussori, se durante un tal tempo il debitor principale era divenuto insolvibile. La decisione di questi decreti è fondata sulla regola d'equità, che *nemo ex alterius facto praegravari debet.* Il fidejussore non deve soffrire un pregiudizio dall'accomodamento, intervenuto tra il creditore ed il debitor principale. Or se in questo caso il creditore fosse ammesso ad agire contro al fidejussore, questi avrebbe sofferto un pregiudizio dall' accomodamento con cui il creditore ha ricevuto in pagamento lo stabile; avendo il creditore con questo accomodamento tolto il mezzo al fidejussore di potere, pagando il creditore nel tempo che il debitore era solvibile, ripetere dal debitore istesso la somma, per la quale egli s'era reso fidejussore. (Questa è l'opinione adottata dal Codice civile, art. 2038).

Quid, se il creditore avesse semplicemente accordata al debitore una proroga del termine al pagamento, e che, durante il tempo di questa proroga, il debitore fosse divenuto insolvibile? Il fidejussore potrebbe ricusare di pagare? *Vinnius*, *Q. illustr.* 11, 42, sostiene la negativa. Questo caso infatti è ben diverso dal precedente. Nel precedente la consegna dello stabile dato in pagamento avendo apparentemente estinto il debito sino al tempo dell'evizione, si è tolto ogni mezzo con questo accomodamento al fidejussore di poter provvedere all' indennità della sua fidejussione, anche nel caso in cui si fosse accorto che la fortuna del debitore cominciava a disordinarsi; poichè egli non poteva domandare a questo debitore che lo liberasse dalla sua fidejussione, la quale sembrava estinta al pari del debito principale: ma la semplice proroga del termine accordata dal creditore al debitore, non facendo sembrare estinto il debito, non toglie al fidejussore il mezzo di provvedere alla sua indennità, e d'agire contro al debitor principale quando s'accorga che la fortuna di questo comincia a

disordinarsi, *si bona dilapidare coeperit*; leg. 10, Cod. *mand.* Il fidejussore non può dunque pretendere che la proroga del termine accordata al debitore gli rechi un danno, mentre invece ne profitta egli stesso. (*Cod. civ. art.* 2039.)

L'obbligazione della fidejussione s'estingue parimenti, secondo i principj del diritto romano, colla confusione di cui si è parlato *supra n.* 384; il che non ha luogo fra noi. (*Cod. civ. art.* 2035.)

Le domande giudiziali, spiegate dal creditore contro al debitor principale, non liberano il fidejussore, il quale rimane sempre obbligato sino al pagamento; leg. 28, Cod *de fidej.* Il creditore perciò può abbandonare le azioni spiegate contro al debitor principale, onde convenire il fidejussore, ma questo ordinariamente può opporgli il benefizio d'escussione, del quale noi siamo per trattare nel seguente articolo.

ARTICOLO II.

Del benefizio d' escussione.

§. I.

Origine di questo diritto.

408. Secondo il diritto ch' era in uso prima della novella 4 di Giustiniano, il creditore poteva esigere dai fidejussori il pagamento di ciò che a lui era dovuto, prima di rivolgersi al debitor principale: *jure nostro*, dice Antonino Caracalla nella legge 5, Cod. *de fidej.*, *est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur.* Decidono lo stesso gl' Imperatori Diocleziano e Massimiano nella legge 19, Cod. *d. tit.* Ma Giustiniano, *d. nov. cap.* 1, ha accordato ai fidejussori il benefizio che si chiama *d' escussione* o *benefizio d' ordine*, vale a dire il benefizio per cui essi possono rimandare il creditore, che loro domanda il pagamento del debito, ad escutere da

prima i beni del debitor principale. Questo diritto accordato dalla novella è seguito tra noi, ma non riguardo a tutti i fidejussori, nè in tutti i casi.

§. II.

Quali fidejussori possano opporre il benefizio d'escussione.

409. I fidejussori giudiziarj non possono opporre questo benefizio. Louet *lettera* F. 23. (*Cod. civ. art.* 2042.)

I fidejussori per gli affitti del re non sono in oggi più ammessi ad opporre questo benefizio, sebbene l'ordinanza di Luigi XII dell'anno 1513 l'avesse loro accordata. Questa giurisprudenza fu introdotta ai tempi del sig. Le-Bret, il quale adduce per ragione che questi fidejussori sono sempre riputati associati secreti dell'affittajuolo debitor principale; *Le-Bret*, *Plaid.* 42, in fine.

I fidejussori infine, che nella loro fidejussione hanno rinunziato a questo benefizio, non possono più opporlo: *Unicuique*

enim licet juri in favorem suum introducto renuntiare. (*Cod civ. art.* 2021.)

Si reputa che il fidejussore abbia rinunziato a questo benefizio, quando nella fidejussione si dice, ch'egli s'obbliga come *debitor principale?* Gli autori sembrano divisi intorno a questa questione. Si riportano alcuni antichi decreti del parlamento di Parigi, i quali hanno giudicato che ciò non basta, e che la rinunzia ad un tale benefizio deve essere espressa. Basnage nel suo trattato delle ipoteche dice, che secondo la giurisprudenza di Normandia queste parole bastano per istabilire la rinunzia al benefizio d'escussione, e che se queste parole non significassero cosa alcuna, non vi si sarebbero impiegate. Questo è pure conforme alle regole d'interpretazione delle convenzioni, *supra*, *n.* 92 (Onde presumere la rinunzia al benefizio d'escussione, secondo il Codice civile, bisogna che il fidejussore siasi obbligato solidariamente col debitore. Art. 2021. Ora la solidarietà deve essere stipulata espressamente, come si è veduto più sopra.)

La rinunzia ai benefizj d'escussione e di

divisione non deve inferirsi da queste parole, che si trovassero alla fine dell'atto di fidejussione, *promettendo*, *obbligando e rinunziando*, *ec.* Questa parola *rinunziando*, vaga ed indeterminata, senza che si esprima a cosa le parti rinuncino, può esser riguardata soltanto come una parola di puro stile la quale nulla significa: *Ea quae sunt styli non operantur.* Questa decisione ha luogo quand' anche nella copia il notajo avesse estesa questa clausola *rinunziando ec.*, ed avesse espressa la rinunzia ai benefizj di divisione e d'escussione. Dumoulin, *tract. usur. quaest.* 7 *in fine*, dice d'aver fatto giudicare in tal modo con un decreto. La ragione si è che il notajo non può, con ciò che aggiunge nella copia, aumentare l'obbligazione delle parti; *infra, part.* 4, *cap.* 1, *art.* 3 *in principio.*

§. III.

In qual caso il creditore sia obbligato all' escussione, e quando il benefizio d' escussione debba essere opposto.

410. Il creditore non è in ogni caso obbligato all' escussione, e si può a questo riguardo stabilir per principio, che il creditore non è obbligato ad una escussione, che sarebbe troppo difficile.

Per un tale motivo la novella, accordando ai fidejussori il benefizio d' escussione, ne eccettua il casó in cui il debitor principale fosse assente, a meno che il fidejussore non offrisse di presentarlo entro ad un breve termine, che dal giudice gli venisse fissato.

Questa eccezione, che fa la novella al benefizio d' escussione non ha luogo tra noi, come rimarca benissimo Loysean. Le ragioni su cui essa è fondata sono tratte dalla difficoltà che esisteva, secondo la procedura de' romani, ad escutere un' assente; ma esse non possono essere in al-

cun modo applicate fra noi ; le citazioni e le notificazioni al domicilio, che secondo la nostra procedura hanno lo stesso effetto come se fossero fatte alla persona, rendono facile al pari l'escussione di un debitor principale assente, come se fosse presente.

411. Il creditore è obbligato ad escutere il debitor principale prima del fidejussore allora soltanto che il fidejussore lo ricerca ed oppone il benefizio d'escussione alle prime domande giudiziali spiegate contro di lui (*Cod. civ. art.* 2022.). Sebbene dunque il creditore non abbia escusso il debitor principale, la sua domanda, ed i suoi atti giudiziali contro al fidejussore sono giusti, sintantochè il fidejussore non gli ha opposto il benefizio d'escussione.

In conseguenza di questi principj fu giudicato da un decreto del primo settembre 1705, citato da Bretonnier sopra Henrys, che il giudice non poteva ordinare quest' escussione d'offizio.

Questo benefizio d'escussione è nel numero delle eccezioni dilatorie, poichè tende solamente a differire l'azione del creditore contro al fidejussore sin dopo l'escussione,

e non ad escluderla intieramente; per cui, secondo la regola comune alle eccezioni dilatorie, leg. 12, Cod. *de except.*, deve esser opposta prima della contestazione della lite. Se il fidejussore ha disputato in merito senza opporla, egli non è più ammissibile a farlo, poichè essendosi egli difeso in merito, si reputa ch'egli abbia tacitamente rinunziato a questa eccezione; *Gui Pape*, *ed i dottori da lui citati*, *q.* 50. Egli potrebbe nulladimeno esservi ammesso in un caso, cioè quando i beni di cui domanda l'escussione fossero pervenuti al debitor principale, soltanto dopo la contestazione della lite, *puta*, per un'eredità che fosse a lui dopo pervenuta: imperciocchè la regola che le eccezioni dilatorie devono essere opposte prima della contestazione della lite, può aver luogo soltanto riguardo alle eccezioni già esistenti, e non mai riguardo a quelle che non hanno esistito che dopo; non può riputarsi infatti che il reo convenuto difendendosi in merito abbia rinunziato ad eccezioni che non esistevano ancora; *Guthieres*, *ed i dottori da lui citati*, *tract. de contr. jurat. xxij* 18.

§. IV.

Quali beni sia obbligato d'escutere il debitore.

412. Quando l'escussione è opposta, il creditore, se non ha un titolo esecutivo contro al debitor principale, deve citarlo ed ottenere una sentenza di condanna contro di lui. In virtù di questa sentenza, o senza citazione, in virtù del suo titolo esecutorio, se egli ne ha uno, deve procedere per precetto contro al debitor principale, e sequestrare ed effettuare l'esecuzione sui mobili che sono nella casa del debitore suddetto.

Se non esistono mobili sui quali si possa fondare un'esecuzione, l'usciere deve provarlo con un processo verbale di mancanza di mobili; e questo processo verbale tièn luogo d'escussione mobiliare.

Riguardo agli altri beni mobili ed immobili che potesse avere il debitor principale, non essendo obbligato il creditore di conoscerli, egli non è obbligato ad escuter-

li, quando non gli siano indicati dal fidejussore. Questa indicazione deve farsi in una sola volta. Vi si devono comprendere tutti i beni del debitore che si vogliono escussi dal creditore: e non sarebbe ammissibile ad indicarne degli altri dopo l'escussione di quelli che furono indicati: decreti di Lamoignon, *tit. delle escussioni, art.* 9; decreto dei 20 gennajo 1701, riportato da Bretonnier sopra Henrys, *tomo* 4, 34 (*Cod. civ. art.* 2023.).

413. Non dovendo essere troppo difficile l'escussione, il creditore non può essere obbligato ad escutere i beni del debitore situati fuori del regno. Il sig. di Lamoignon voleva che non potesse essere nemmeno obbligato all'escussione di quelli situati nella giurisdizione d'un altro parlamento; *decreti di Lamoignon ibid.* (Il Codice civile ha adottata questa decisione, e non vuole che indicare si possano beni situati fuori del circondario della corte d'appello del luogo ove il pagamento deve esser fatto, *art.* 2023.)

Il creditore parimenti non è obbligato ad escutere i beni del debitore che fossero litigiosi; poichè egli non è obbligato a so-

stener delle liti, nè ad attenderne il risultato onde essere pagato: questa è pure una conseguenza dell'istesso principio, che l'escussione non deve essere nè troppo lunga, nè troppo difficile. (*Cod. civ. ib.*)

Per l'istessa ragione, egli non è obbligato ad escutere i beni ipotecati dal principal debitore, quando questo gli abbia alienati, e siano posseduti da terzi; sono anzi al contrario questi terzi detentori che hanno diritto di rimandare ad escutere il debitor principale ed i suoi fidejussori quei creditori, che spiegassero contro di essi l'azione ipotecaria; *d. nov. c.* 2. (*Cod. civ. ib.*)

Ma ciò non ha luogo riguardo a coloro che son succeduti a titolo universale nei beni del principal debitore, come sono i donatarj e legatarj universali, ed anche il fisco, quand'è succeduto al debitor principale per mancanza d'eredi, od a titolo di confisca. Questi successori universali, *sunt loco haeredis*: essi tengono luogo d'eredi del debitor principale, e lo rappresentano; essi devono per conseguenza essere escussi nel modo istesso, come avrebbe dovuto esserlo il debitor principale, sino alla con-

correnza di ciò a cui sono tenuti per i suoi debiti.

Quando più debitori principali hanno insieme contratta un' obbligazione solidaria, e l' uno d'essi ha dato un terzo per fidejussore, si domanda se questo fidejussore possa obbligare il creditore ad escutere non solo quel debitore pel quale egli s' è reso fidejussore, ma egualmente anche tutti gli altri debitori principali? Io credo ch' egli lo possa. Basta per convincersene l' esaminare il motivo su di cui è fondato il benefizio d' escussione. Questo non è l' essersi presunto, che il fidejussore abbia avuto intenzione d' obbligarsi soltanto nel caso in cui il debitor principale fosse insolvibile; poichè questa intenzione dovrebbe allora essere espressa, e non essendola, non la si presume, e l' obbligazione si ritiene per pura e semplice. Se questa presunzione infatti avesse luogo nelle fidejussioni ordinarie, il diritto del fidejussore di rimandare il creditore ad escutere il debitor principale, sarebbe un diritto ch' egli avrebbe a rigor di giustizia; ed il creditore non avrebbe azione alcuna contro al fidejussore prima

ma che l'insolvibilità del debitor principale non constasse per mezzo dell' escussione. Ora tutti convengono, che il benefizio d' escussione accordato dalla legge ai fidejussori gli è accordato soltanto come una pura grazia, e che la domanda del creditore contro al fidejussore, rigorosamente parlando è ben fondata, sebbene il principal debitore sia solvibile e non sia stato escusso: bisogna dunque cercare un altro motivo di questo benefizio d' escussione, ed altro non ve n' ha eccetto il seguente, cioè che è più equo, sintantocchè si può farlo, che un debito sia pagato piuttosto da quelli che ne sono veri debitori, e che hanno approfittato del contratto, di quello che lo sia da coloro che ne sono debitori per altri; poichè nel pagare per altri avvi sempre del disordine: per cui vuole l'umanità che il creditore risparmi, quando ciò gli è presso a poco indifferente, un tal disordine al fidejussore, e si faccia pagare piuttosto dai suoi veri debitori che da lui. Questa è la ragione data da Quintiliano, *declam.* 273, del benefizio d' escussione. Dopo d'aver egli detto, ch' è una cosa do-

losa per un fidejussore il dover pagare per un altro, *miserabile est*, ne conclude, che un creditore non può senza vergogna cagionare questo disordine al fidejussore, sintantocchè può farsi pagare dal debitor principale: *non aliter salvo pudore, ad sponsorem venit creditor, quam si recipere a debitōre non possit.* Ora egli è evidente, che queste ragioni militano egualmente onde obbligare il creditore non solo all'escussione di quello fra i debitori solidarj pel quale il fidejussore s'è obbligato, ma a quella anche di tutti gli altri condebitori principali: il fidejussore adunque può giustamente domandare l'escussione, non solo di quello fra i debitori di cui s'è reso sicurtà, ma anche degli altri debitori principali. Si può dire ancora, che chi s'è reso fidejussore di uno de'varj debitori solidarj, è parimenti in qualche modo fidejussore anche degli altri: poichè l'obbligazione di tutti questi debitori essendo una obbligazione sola, ne viene, che accedendo all'obbligazione di colui pel quale s'è reso fidejussore, egli ha acceduto eziandio a quella di tutti gli altri.

§. V.

A spese di chi debba farsi l'escussione.

414. L'escussione si fa a rischio e pericolo del fidejussore, che l'ha domandata, e siccome quella dei beni immobili non può farsi senza grandi spese, così il creditore può domandare, che il fidejussore gli somministri dei denari onde eseguirla. Questa è una regola generale, che ha luogo in tutti i casi in cui viene opposto il benefizio d'escussione; *Giornale delle udienze*, *tomo* 1, *l.* 5, *cap.* 25; ed è una conseguenza del nostro principio. (*Codice civile*, *art.* 2023.

§. VI.

Il creditore, che ha mancato di fare l'escussione, rimane egli stesso tenuto per l'insolvibilità del debitor principale?

415. Ci resta ancora la seguente questione. Il creditore a cui il fidejussore ha opposto il benefizio d'escussione, non ha sti-

mato opportuno d'eseguirla subito; ed ha lasciati passare varj anni durante i quali il debitore è divenuto insolvibile: potrà in questo caso il creditore, escutendolo dopo ch'è divenuto insolvibile, agire nuovamente contro al fidejussore? Io credo in questo caso il creditore ben fondato, e che il fidejussore non possa opporgli alcun motivo d'inammissibilità sotto il pretesto, ch'egli non abbia eseguita in tempo l'escussione di que' beni del debitor principale, ad escutere i quali fu rimandato. La ragione si è, che quel diritto, che dà ai fidejussori il benefizio d'escussione, loro accordato dalla novella, si limita ad arrestare le azioni del creditore spiegate contro di loro, sintantochè egli non ha chiesto il pagamento dal debitor principale, e non gli ha escusso i suoi beni. Il benefizio di questa novella, come già si è detto, si limita a questo soltanto, cioè che *creditor non primum ad fidejussorem aut sponsorem accedat*. Basta adunque che il creditore non agisca contro ai fidejussori, prima d'aver agito contro al debitor principale ad escussi i suoi beni. Il creditore può spiegare quest'azio-

ne quando gli sembra opportuno; e nulla l'obbliga a farlo a piacere dei fidejussori. La legge avendo fissato il tempo entro cui un creditore può esercitare le sue azioni, il fidejussore non può fissargliene uno più corto di quello che dalla legge gli viene accordato: *Nemo invitus agere compellitur*; *toto tit.* Cod. *Ut nemo invitus*, *etc. Creditor ad petitionem debiti urgeri minime potest*; L. 20, Cod. *de pign.* Se dunque il principal debitore, ad escutere il quale il creditore fu rimandato, è in seguito divenuto insolvibile, il fidejussore non deve imputarne il creditore, che non ha agito contro di lui mentre era solvibile; il creditore non era obbligato a farlo, ed il fidejussore se temeva il caso d'insolvibilità ch'è avvenuto, poteva ovviare ad un tale inconveniente, coll'agire egli stesso contro al debitor principale, come ne aveva il diritto dal momento in cui era stato citato; *infra*, *n.* 440. Henrys, *tomo* 2, *l.* 4, *art.* 34, è del nostro sentimento; egli l'autorizza con un decreto emanato in un caso simile, ed attesta che tale era al suo tempo l'opinione comune dei tribunali di Parigi.

Lo statuto di Brettagna, *art.* 192, contiene una disposizione contraria; io credo però, ch'essa debba esser ristretta nel suo territorio. D'Argentré dice su di questo articolo, che una tale disposizione, tratta dall'antico statuto, è stata conservata al tempo della riforma contro la sua opinione. (Questa disposizione frattanto è passata nel Codice civile, art. 2024.)

Noi abbiamo trattata la questione, riguardo soltanto ai fidejussori ordinarj: ma se il fidejussore si fosse solamente obbligato a pagare, ciò che il creditore non potesse ritirare dal debitor principale, *in id quod servari non poterit*, il creditore che avrebbe avuto il mezzo, durante un tempo considerabile, di farsi pagare, non sarebbe facilmente ammesso, dopo che il debitore fosse divenuto insolvibile, a spiegare una domanda contro questo fidejussore; L. 41, ff. *d. tit.*; poichè questo fidejussore, il quale s'è obbligato soltanto a ciò che il creditore *non potesse ritirare*, gli opporrebbe, ch'egli ha potuto ritirare facilissimamente dal debitor principale ciò, che a lui era dovuto, e che per conseguenza egli non gli deve nulla; L. 41, ff. *d. t.*

ARTICOLO III.

Del benefizio di divisione.

§. I.

Origine di questo diritto.

416. Quando più persone rendonsi fidejussori di un debitor principale per lo stesso debito, si reputa che ciascuna di esse si sia obbligata a tutto il debito: *Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur.* Instit. tit. *de fidej.* §. 4, (*Codice civile, art.* 2025.)

In questo i fidejussori sono diversi dai debitori principali, i quali si reputa che s'obblighino ciascuno per la loro parte in ciò che promettono unitamente, se la solidarietà non è espressa. La ragione di una tal differenza nasce dall'essere nella natura della fidejussione d'obbligarsi a tutto ciò che deve il debitor principale; e per conseguenza si reputa, che ciascuno di quelli

che si rendono fidejussori per lui, contraggano quest' obbligo, a meno che non dichiarino espressamente, che s' obbligano soltanto in parte: questa è la ragione riportataci da Vinnio, *select. quaest. lib.* 11, *cap.* 40.

L' imperatore Adriano apportò una modificazione a questa solidarietà, col benefizio di divisione, da lui accordato ai fidejussori: per questo benefizio il fidejussore, a cui il creditore domanda tutto il debito, ottiene che il creditore sia tenuto a dividere la sua domanda tra lui ed i suoi confidejussori, quand' essi siano solvibili, e ch' egli in conseguenza sia ammesso a pagare al creditore la sua porzione, salvo al creditore il provvedersi pel di più contro agli altri. Questo diritto è stato adottato nella nostra pratica francese. (*Cod. civ. art.* 2026.)

§. II.

Quali sieno quelli che possano o nò opporre il benefizio di divisione.

417. Vi sono alcuni fidejussori che non possono opporre questo benefizio; tali sono i fidejussori pel regio denaro. *Vedete* Lebret, *plaid.* 42 *in fin.*

Se ne escludono parimenti i fidejussori giudiziarj; e tale è l'opinione di Basnage. Non vi sono ammessi egualmente i fidejussori che hanno rinunziato a questo benefizio nelle loro fidejussioni.

Quando nella fidejussione si è espresso, che i fidejussori si sono obbligati *solidariamente e come debitori principali*, si reputa che questa clausola rinchiuda una rinunzia al benefizio di divisione? Quelli che credono che una tal clausola non rinchiuda una rinunzia al benefizio d'escussione, devono parimenti pensare ch' essa non rinchiuda una rinunzia al benefizio di divisione: ma le ragioni che ci hanno indotto a credere, ch' essa rinchiuda una rinunzia al

benefizio d'escussione, e che noi abbiamo riportate *supra n.* 408, c'inducono a credere parimenti ch' essa rinchiuda la rinunzia al benefizio di divisione.

Finalmente le leggi ricusano il benefizio di divisione ai fidejussori, che hanno cominciato dal negare con mala fede la loro fidejussione. *Inficiantibus auxilium divisionis non est indulgendum*; leg. 10, §. 1, ff. *de fidej*.

418. Non solo i fidejussori istessi, ma anche i loro eredi possono usare di questo benefizio.

Un fidejussore del fidejussore può parimenti opporre le stesse eccezioni, che avrebbe potuto opporre il primo fidejussore, e per conseguenza può opporre anche questo benefizio, e dimandare la divisione del debito tra lui ed i confidejussori di quello di cui egli si è reso sicurtà.

§. III.

Chi siano quelli fra i quali il debito deve esser diviso.

419. Il fidejussore può domandare la divisione dell' azione tra lui e gli altri fidejussori, che sono egualmente fidejussori principali. Egli non potrebbe domandare che fosse diviso tra lui ed il suo fidejussore; poichè in faccia a questo, egli stesso è un debitor principale; leg. 27, §. 4, ff. *de fid.*

420. Bisogna parimenti, che coloro coi quali il fidejussore domanda la divisione dell'azione del creditore, siano fidejussori dell'istesso debitore. Se due debitori solidarj d'uno stesso debito avessero dato un fidejussore per ciascheduno, il fidejussore di uno di questi debitori non potrebbe domandare che l'azione fosse divisa tra lui ed il fidejussore dell' altro debitor solidario: imperciocchè sebbene questi siano fidejussori d' uno stesso debito, pure non essendo fidejussori d'uno stesso debitore, non sono

propriamente confidejussori; tale è la decisione delle leggi 43, 51, §. 2, ff. *d. tit.*

421. Infine bisogna, che i confidejussori coi quali il fidejussore domanda la division dell'azione siano solvibili, ed è riputato che lo siano, quando non lo essendo per loro stessi, lo sono a motivo de' loro fidejussori: questo è quello che decide la legge 27, §. 2: *Si quaeratur an solvendo sit principalis fidejussor, etiam vires sequentis fidejussoris ei aggregandae sunt.*

Se per altro il mio confidejussore era solvibile al tempo della contestazione della lite, e che in conseguenza l'azione del creditore sia stata divisa tra lui e me, sebbene in seguito dopo la contestazione della lite sia divenuto insolvibile, il creditore non potrà più rivolgersi nuovamente verso di me per la parte dell' altro: tale è la decisione di Papiniano, leg. 51, §. 4, e leg. 52, §. 1.

In questo il benefizio di divisione differisce da quello d' escussione. La ragione di una tale differenza nasce dalla diversa natura di questi due benefizj. Quello d' escussione è solamente dilatorio, egli non fa

che differire l'azione del creditore contro al fidejussore, sintantochè il creditore abbia escusso il debitor principale: mentre in vece il benefizio di divisione si avvicina alla natura delle eccezioni perentorie; infatti, allorchè questo ha luogo, toglie intieramente l'azione del creditore contro al fidejussore, che l'ha opposto per la parte de' suoi confidejussori, coi quali gli è stata accordata la divisione; e perciò il creditore non può più rivolgersi contro di lui, quando anche i confidejussori in seguito divenissero insolvibili.

Ma v'ha di più: quand'anche al tempo della domanda del creditore, il mio confidejussore fosse di già stato insolvibile, se il creditore ha volontariamente divisa la sua azione, domandando a ciascuno di noi la sua parte, egli non potrà più domandarmi la parte del mio confidejussore insolvibile: questa è la decisione di Gordiano nella legge 16, Cod. *d. tit.* (*Cod. civ. art.* 2027.)

422. Quando il mio confidejussore sia solvibile, sebbene non sia ancora scaduto il termine o verificata la condizione sotto alla quale egli si è obbligato, io posso nul-

nadimeno domandare che l'azione sia provvisionalmente divisa tra lui e me, salvo al creditore di rivolgersi nuovamente contro di me per la parte di questo fidejussore, se allo scadere del termine, o al verificarsi della condizione egli non fosse solvibile; leg. 27, ff. *de fid.*; ed a maggior ragione, se la condizione sotto alla quale egli si è obbligato viene a mancare.

423. La domanda del creditore non dovendo esser divisa che quando i confidejussori sono solvibili, se nasce questione tra il creditore ed il fidejussore che domanda la divisione sul fatto della solvibilità de' confidejussori, è ammesso il fidejussore, offrendo di pagare la sua parte, a domandare che prima di decidere sul di più sia tenuto il creditore ad escutere i confidejussori; leg. 10, ff. *d. tit.*: ma ciò sarà a rischio di questo fidejussore.

424. Io non posso opporre il benefizio di divisione, se il mio confidejussore dimora fuori del regno: imperciocchè questo benefizio è una grazia che la legge accorda solamente quando il creditore, non ne soffrirebbe un troppo grave incomodo; *Papon. X*, 4. 25.

§. IV.

Si può dividere una fidejussione con un fidejussore, che non ha contrattato validamente e con un fidejussore minore?

425. Quand'io mi sono obbligato come fidejussore per qualcuno con una persona, che era incapace di contrarre una simile obbligazione, come erano fra i romani tutte le donne, io non posso evitare di pagare il totale del debito al creditore, come se io fossi il solo fidejussore, non dovendo essere in alcun modo considerata la persona incapace che si è resa meco fidejussore. In questo caso non si fa distinzione alcuna, se io abbia contratta la mia fidejussione prima, insieme, o dopo di quella di una tale persona incapace.

Ma non è lo stesso secondo il diritto romano, quand'io mi sia reso fidejussore con un minore, che in seguito ottiene la restituzione contro alla sua obbligazione. In questo caso io sarei tenuto al totale del debito allora soltanto, che avessi da principio

contratta da solo la fidejussione senza contare per nulla sul minore che si è reso dopo fidejussore per l'istesso debitore: ma se noi ci siamo resi fidejussori insieme, la restituzione da lui ottenuta contro alla sua obbligazione non deve, secondo il romano diritto, addossare a me solo quel debito ch'io m'attendeva ch'egli dovesse pagare con me; leg. 48, pp. e §. 1, ff. *de fid.*

Papiniano riporta a questo proposito la seguente ragione della diversità che passa tra una donna ed un minore. Quello che si rende fidejussore insieme ad una donna non ha potuto fare di lei alcun conto, onde dividere con essa l'obbligazione, poichè doveva sapere che ne era incapace, *cum ignorare non debuerit mulierem frustra intercedere*. Ma non si può dire lo stesso di quello che s'è reso fidejussore con un minore, *propter*, dice Papiniano, *incertum aetatis et restitutionis*, poichè egli poteva ignorare che fosse minore, o sperare che egli non agirebbe contro alla sua obbligazione: spettava l'informarsene più al creditore che a lui, quando l'ha accettato per fidejussore, ed è il creditore piuttosto che lui

lui, quello che deve soffrire per la restituzione, che il minore ha ottenuta contro alla sua obbligazione; *d. L.* 48, *pp. et* §. 1.

Per quanto sia il rispetto ch' io nutro per le decisioni del gran Papiniano, questa però mi sembra soffrire qualche difficoltà. Essendo i varj fidejussori, come noi l'abbiamo detto più sopra, debitori di tutto il debito, la divisione accordata dalla costituzione d' Adriano, quando tutti sono solvibili non è che una grazia, che non deve esser loro accordata in pregiudizio del creditore. Questa ragione, per cui m' è ricusata la divisione del debito col mio confidejussore, quand' egli è divenuto insolvibile, deve far sì, che mi sia ricusata anche quando il mio confidejussore s'è fatto restituire contro alla sua fidejussione. Non avvi ragione alcuna, onde accordare la divisione piuttosto coll'uno che coll'altro: io non doveva contare più sull'uno, che sull' altro, poichè se io ho potuto prevedere l'insolvibilità, ho potuto più facilmente ancora prevedere la restituzione. Nè si può dire, che il creditore abbia voluto andar soggetto a questo rischio accettando la fi-

dejussione d'un minore; poichè non essendosi accontentato della fidejussione di questo minore, ed avendo voluto che a lui s'aggiungesse un altro fidejussore, ciò prova invece, ch'egli ha cercato d'assicurarsi pel caso della restituzione, e che non ha voluto andar soggetto a questo rischio.

Queste ragioni mi sembrano sufficienti onde decidere indistintamente contro l'autorità delle leggi romane, che la restituzione ottenuta dal mio confidejussore per causa di minor età, deve al pari della sua insolvibilità obbligarmi al pagamento del totale del debito.

Ma v'ha di più. Se io fossi convenuto dal creditore prima che il mio confidejussore minore avesse cercato d'essere restituito contro alla sua fidejussione, e gli opponessi il benefizio di divisione, credo che sarebbe giusto, ch'egli potesse essere obbligato a dividere la sua azione tra il suo confidejussore minore e me, soltanto colla riserva di poter agire nuovamente contro di me nel caso in cui questo minore si facesse restituire contro alla sua fidejussione.

Ma se il creditore avesse acconsentito

alla divisione della sua azione senza alcuna riserva, vi sarebbe luogo a credere, che egli avesse preso su di lui il rischio della restituzione del minore, e ch'egli non avrebbe alcun regresso contro di me. (*Cod. civ. art.* 2027.)

§. V.

Quando possa essere opposto il benefizio di divisione.

426. Si fa questione onde sapere se il benefizio di divisione possa essere opposto soltanto prima della contestazione della lite. Alcuni antichi dottori, come Pietro di Bellapertica, Cino ed altri erano di questo sentimento: ma il sentimento contrario seguito da Vinnio *sel. quaest.* 11, 40, è il più vero; ed è fondato sul testo formale della legge 10, §. 1, Cod. *h. tit. Ut...... dividatur actio inter eos qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine solet postulari.* Basta, secondo le parole di questa legge, che la divisione dell' azione sia domandata prima della sentenza, e per conseguenza si

può domandarla dopo la contestazione della lite. Questo benefizio infatti s'avvicina più alle eccezioni perentorie che alle dilatorie, poichè tende ad escludere intieramente l'azione del creditore contro a colui che l'oppone per le porzioni de' suoi confidejussori. Il testo delle instituzioni, *tit. de fid.* §. 4, sul quale si fondano i sostenitori dell'opinione avversaria, non prova cosa alcuna. Egli dice bensì, che tutti i fidejussori devono essere solvibili al tempo della contestazione della lite, perchè siavi luogo alla divisione dell'azione; ma da ciò non ne segue, che una tal divisione non possa essere domandata anche dopo.

La legge 10, §. 1, ff *de fid.* ove si dice, che il fidejussore che ha negata la sua fidejussione non è ammissibile ad opporre il benefizio di divisione non è contraria alla nostra decisione; poichè è una tal negativa fatta in mala fede e non la contestazione della lite che lo rende indegno di tal grazia, ed inammissibile ad opporre l'eccezione che nasce da un tal benefizio. La contestazione della lite intervenuta tra il creditore ed il fidejussore non

suppone di necessità che questo abbia negato la sua fidejussione: essa può esser intervenuta per qualunque altra cosa, *puta*, perchè il fidejussore avesse sostenuto che il debito era stato pagato, o perchè egli avesse qualche motivo d'inammissibilità, che rendeva il creditore non ammissibile nella sua domanda. Alcuni dottori sono caduti nell' eccesso contrario, decidendo che il benefizio di divisione può essere opposto anche dopo la sentenza di condanna, al pari del benefizio *cedendarum actionum*, e delle eccezioni *SC. Macedoniani et SC. Velleiani*. Questa opinione è smentita dalla legge 10, §. 1, Cod. *de fid.* in cui si dice, che i fidejussori possono opporre il benefizio di divisione prima della sentenza di condanna, *ante condemnationem*: dunque essi non possono opporlo dopo. Riguardo agli esempj riportati di eccezioni che possono opporsi anche dopo la sentenza, si risponde, che avvi una gran differenza tra il benefizio di divisione ed il benefizio *cedendarum actionum*. Questo non attacca la sentenza, nè il diritto acquistato per la sentenza dal creditore; e quando il fide-

jussore ch'è stato condannato verso di lui l'ha pagato, egli non ha alcun interesse di rifiutarli la cessione delle sue azioni: mentre invece il benefizio di divisione, se si proponesse dopo la sentenza di condanna, attaccherebbe questa sentenza ed il diritto acquistato dal creditore, poichè un tale benefizio tenderebbe a restringere ad una porzione il diritto acquistato dal creditore per la sentenza d'esigere il totale del debito dal fidejussore ch'è stato verso di lui condannato. In quanto a ciò che si è deciso riguardo alle eccezioni *SC. Macedoniani et SC. Vallejani*, questo forma un diritto particolare fondato sul favore di queste eccezioni, e su d'una specie d'interesse pubblico, *ad coercendos foeneratores, et ad subveniendum sexui muliebri.* Da questo diritto particolare non si può dedurre alcuna conseguenza, ed esso non può essere esteso al benefizio di divisione, nè alle altre eccezioni perentorie; *Vinn. ib.*

Quando la sentenza di condanna è sospesa dall'appello, si può dire che non avvi condanna, sintantochè non interviene una decisione definitiva; d'onde ne segue, che

il fidejussore può essere ammesso anche in una causa in appello ad opporre il benefizio di divisione. Questa è l'opinione de' dottori citati da Bruneman, *ad L.* 10, *Cod. de fid.* Questa è pure l'opinione di Vinnio.

§. VI.

Dell' effetto del benefizio di divisione.

427. L'effetto del benefizio di divisione; è di far pronunziare dal giudice la divisione del debito tra i fidejussori solvibili, e di restringere con questo mezzo la domanda spiegata contro al fidejussore che ha opposta la divisione alla sua parte soltanto.

Prima che una tale divisione del debito sia stata pronunziata dal giudice dietro l'opposizione del benefizio di divisione, e che essa sia stata fatta volontariamente dal creditore per la domanda, ch' egli avesse spiegata contro a ciascuno de' fidejussori per la sua parte, *leg.* 16, *Cod. de fid.*, ciascuno di questi è vero debitore del totale del debito. Se alcuno d' essi perciò ha pagato il totale, non può pretendere dal creditore

restituzione alcuna delle porzioni de' suoi confidejussori; *leg.* 49, §. 1, ff. *de fid.*: poichè egli doveva realmente il totale di ciò che ha pagato; non usando del benefizio di divisione di cui poteva far uso, *plenius fidem exsolvit.* Ma dopo che la divisione del debito è stata pronunziata, questo è talmente diviso, che quand' anche uno de' fidejussori, fra i quali il debito è stato diviso, divenisse dopo insolvibile, il creditore non avrebbe alcun regresso contro agli altri, per la porzione di questo insolvibile; *leg.* 51, §. 4, ff. *de fid.* (*Codice civile art.* 2026.)

Ci rimane finalmente la questione di sapere, se quando il fidejussore che domanda la divisione dell' azione del creditore tra lui ed i suoi confidejussori ha pagato da prima una parte del debito, debba pagare la metà di ciò che ancora è dovuto senza imputar nulla di ciò ch' ha pagato? Papiniano l'aveva deciso in tal modo; *eam enim quantitatem inter eos convenit dividi, quam litis tempore debent.* Ma questa decisione, benchè conforme al rigore de' principj non fu seguita; si ritrovò più equo l'accordare

ai fidejussori l'imputare sulla parte a cui sono tenuti ciò che hanno di già pagato, di non obbligarli a pagare che il di più della loro parte nel totale del debito, e di obbligare intieramente pel resto gli altri confidejussori: *Sed humanius est*, dice l'annotatore, *si et alter solvendo sit, per exceptionem ei qui solvit succurri*; *d. leg.* 51, §. 1.

ARTICOLO IV.

Della cessione delle azioni o della surrogazione, che il creditore è tenuto ad accordare al fidejussore, quando questi lo paga.

428. Un terzo benefizio accordato dalle leggi al fidejussore si è, che quando egli paga può ricercare dal creditore d'essere surrogato in tutti i suoi diritti, azioni ed ipoteche, tanto contra al debitor principale di cui si è reso fidejussore, quanto contro a tutte le altre persone che sono tenute a questo debito. Tale è il risultato della legge 17, ff. *de fid.*; *leg.* 21, *Cod. d. tit.*,

e di una quantità d'altri testi. Vedete intorno a questa cessione d'azioni, ed intorno all'eccezione che ha il fidejussore contro al creditore che si è posto per suo fatto fuori di stato di cederle, *infra*, *part.* 3, *cap.* 1, *art.* 6, §. 2. (*Cod. civ.*, *art.* 2028.)

SEZIONE VII.

Del diritto che ha il fidejussore contro al principal debitore, e contro ai suoi debitori.

429. Il fidejussore dopo d'aver pagato ha il regresso contro al debitor principale. Noi tratteremo di questo regresso nel primo articolo. Vi sono pure de'casi in cui il fidejussore ha azione contro al debitor principale anche prima d'aver pagato: noi ne parleremo nel secondo articolo. Tratteremo nel terzo la questione particolare, se il fidejussore d'una rendita costituita possa obbligare dopo un certo tempo il debitore alla redenzione della rendita istessa. Tratteremo nel quarto del diritto del fidejussore contro ai suoi confidejussori.

ARTICOLO PRIMO.

Del regresso che ha il fidejussore contro al debitor principale dopo d' aver pagato.

§. I.

Quali sono le azioni che ha il fidejussore contro al debitor principale dopo d'aver pagato?

430. Dopo che il fidejussore ha pagato, s'egli si è fatto surrogare nei diritti ed azioni del creditore, può esercitarle contro al debitore, come l'avrebbe potuto fare il creditore istesso (Questa surrogazione ha luogo in oggi di pieno diritto. *Cod. civ. art.* 2029.). Ma se egli ha trascurato d'acquistare questa surrogazione, non lascia però d'avere in testa propria un'azione contro al debitor principale, onde farsi rimborsare di ciò che ha pagato per lui.

Quest'azione è l'azione *mandati contraria* se il fidejussore ha prestata la sua fidejussione con saputa o per volontà del de-

bitor principale; poichè un tale consenso del debitor principale rinchiude un tacito contratto di mandato, secondo la regola di diritto: *Semper qui non prohibet pro se intervenire mandare creditur*; *leg.* 60, ff. *de R. J.* Se il fidejussore si è obbligato pel debitor principale, senza che questi lo sappia, non può avere contro di lui l'azione *mandati*; ma invece ha contro di lui l'azione *contraria negotiorum gestorum*, che produce il medesimo effetto.

§. II.

Qual pagamento dia luogo a queste azioni.

431. Nulla importa che il fidejussore abbia pagato in conseguenza d'una sentenza di condanna, piuttosto che volontariamente e senza sentenza; poichè nell'uno e nell'altro caso, *utiliter debitoris negotium gessit*. Egli ha procurata al debitore la liberazione del suo debito, e per conseguenza deve rimborsarlo di ciò, che a lui è costato il procurargliela.

Nulla importa che il pagamento sia sta-

to un pagamento reale, od una compensazione, od una novazione. In tutti questi casi il fidejussore ha diritto di domandare al debitor principale il rimborso, o della somma ch'egli ha pagata, o di quella che ha compensato, o di quella che s'è obbligato a pagare, onde estinguere l'obbligazione del principal debitore.

432. Che se il creditore, a riguardo del fidejussore, ha rimesso il debito a titolo puramente gratuito, il fidejussore non può domandare cosa alcuna al principal debitore, a profitto del quale ricade una tal remissione, poichè nulla è costata al fidejussore. Se la remissione fosse stata fatta in ricompensa dei servizj che il fidejussore aveva resi al creditore, potrebbe il fidejussore farsi rimborsare di questa somma dal debitor principale; imperciocchè in questo caso l'estinzione del debito è costata al fidejussore la ricompensa ch' egli avrebbe potuto sperare de'suoi servigj, dei quali soffre la compensazione pel debito del principal debitore, a cui ha acceduto come fidejussore. Tale è la disposizione della legge 12, ff. *mandat.*: e ciò è con-

forme a questa massima della legge 26, §. 4, ff. d. tit. *Sciendum est non in plus fidejussorem consequi debere mandati judicio quam quod solverit.*

§. III.

Tre condizioni necessarie, acciò il pagamento fatto dal fidejussore, dia luogo all'azione contro al debitor principale.

433. Acciò il pagamento fatto dal fidejussore dia luogo a quest'azione, bisogna 1°. che il fidejussore non abbia per sua colpa trascurato qualche motivo d'inammissibilità, ch'egli avesse potuto opporre al creditore:

2°. Che il pagamento sia stato valido, ed abbia liberato il debitor principale:

3°. Che il debitor principale non abbia pagato una seconda volta per colpa del fidejussore. (*Cod. civ. art.* 2031.)

Prima condizione.

434. Acciocchè il fidejussore, dopo aver pagato, abbia il regresso contro al debitor principale, bisogna che non abbia trascurato per sua colpa d'opporre i motivi d'inammissibilità, se qualcuno ve n'era da opporre, contro al creditore. Se per esempio qualcuno dopo essersi reso mio fidejussore pel prezzo d'uno stabile da me comperato, e conoscendo che questo stabile mi fu evinto, paga ciò non ostante il prezzo al mio venditore verso il quale egli s'è reso fidejussore per me, egli non avrà alcun regresso contro di me; poichè poteva dispensarsi dal pagare, opponendo al venditore l'eccezione risultante dall'evizione ch'io aveva sofferta. Se il fidejussore invece ignorava l'evizione, e l'eccezione per conseguenza che ne risultava contro alla domanda del prezzo a lui fatta dal venditore, io sarò obbligato di rendergli ciò che ha pagato, salvo il mio regresso contro al venditore; poichè egli non è in colpa per non aver opposta un'eccezione di cui ignorava

l'esistenza, e sono io in colpa al contrario di non averlo avvertito. La legge 29, ff. *mand.* stabilisce questi principj in un caso assai somigliante. La sola ignoranza di fatto però può in questo caso scusare il fidejussore; mentre la cosa sarebbe altrimenti se si trattasse d'ignoranza di diritto. *Finge*. Io ho comprato sotto alla vostra fidejussione una casa che credeva esistente, e che era stata intieramente abbruciata prima del contratto; sebbene voi abbiate in seguito saputo l'incendio, ne avete però pagato il prezzo, che per errore credevate dovuto; ciò non ostante voi non dovete avere alcun regresso contro di me; d. L. 29, §. 1.

435. Se il fidejussore aveva un motivo d'inammissibilità da opporre contro al creditore; ma che fosse tale da non potersi opporre onorevolmente, non è veramente in questo caso obbligato ad opporlo; ma non deve privare il debitore della facoltà di farlo: egli deve perciò lasciarsi citare pel pagamento, e chiamare in causa il debitor principale, acciò possa opporlo se a lui sembra opportuno: se il fidejussore ha man-

mancato di farlo, non avrà regresso alcuno contro al debitor principale per ciò che avesse pagato. Questo è quello che risulta dalla legge 48, ff. *mand.* e dalla L. 10, §. 12, *d. tit.*

Si può addurre per esempio di questi motivi d'inammissibilità, che non si può opporre onorevolmente quello che si può opporre al creditore di una rendita costituita, che ha lasciati passare più di cinque anni senza ricercarne il pagamento. (*Cod. civ. art.* 2277.)

436. La regola da noi stabilita, che il fidejussore, per avere il regresso contro al debitor principale, non deve aver ommesso per sua colpa d'opporre i motivi d'inammissibilità contro al creditore, se pure qualcuno n'esisteva, soffre un'eccezione, quando questi motivi d'inammissibilità erano a lui personali, e non potevano essere opposti dal debitor principale. Se per esempio il fidejussore, che s'è reso tale per me sino ad un certo termine soltanto, paga per me dopo spirato un tal termine; sebbene egli avesse potuto dispensarsi dal pagare, non lascierà d'avere il regresso

contro di me, poich'egli ha pagato ciò ch'io non avrei potuto evitar di pagare. Tale è la decisione della legge 29, §. 6, ff. *mand. Quanquam enim jam liberatus solverit, fidem implevit, et debitorem liberavit.* Basta ch'egli m'abbia procurata a sue spese la mia liberazione, perchè io debba indennizzarlo, altrimenti io m'arricchirei col suo danno, ciò che l'equità non permette: *Neminem aequum est cum alterius detrimento locupletari.*

Seconda condizione.

437. Perchè il fidejussore abbia il regresso contro al debitor principale bisogna che il pagamento da lui fatto sia valido: se colui perciò, che mi deve indeterminatamente un cavallo, m'ha dato un fidejussore, e che questo poscia me ne dia uno, che si riconosce non appartenergli, il fidejussore non avrà regresso alcuno contro al debitor principale, poichè il pagamento da lui fatto non è valido, e non ha procurata la liberazione del principal debitore.

438. Questa regola soffre un'eccezione

nel caso in cui il fidejussore, convenuto dal creditore, pagasse nell' ignoranza che il debitor principale avesse di già pagato: imperciocchè sebbene questo pagamento fatto dal fidejussore, essendo il pagamento d'una somma che aveva cessato d' esser dovuta non sia valido, nulladimeno il fidejussore non lascerebbe d'avere il suo regresso, *actione mandati contraria*, contro al debitor principale per essere rimborsato della somma pagata, col solo carico nel fidejussore di surrogare il debitor principale nella sua azione di ripetizione contro al creditore, il quale può essere insolvibile, acciocchè il debitor principale si faccia pagare come potrà. Questa è la decisione della legge 29, §. 2, ff. *mand.* Il debitor principale è in colpa per non aver avvertito il fidejussore ch' egli aveva pagato.

Questa decisione non deve aver luogo quando il fidejussore ha prestata la sua fidejussione, senza che il debitor principale lo sapesse, poichè in questo caso il debitor principale non è in colpa, per non aver avvertito del pagamento questo fidejussore ch' egli non conosceva.

Terza condizione.

439. Un terzo caso in cui il fidejussore che ha pagato non ha regresso contro al debitor principale per la somma da lui pagata è quando, per mancanza d'aver avvertito il debitor principale, questo ha pagato una seconda volta il creditore; ma egli può almeno domandare che il debitore gli ceda le sue azioni onde ripetere dal creditore ciò che ha ricevuto, e che non gli era più dovuto. Tale è la decisione della legge 29, §. 3, ff. *mand.* (*Cod. civ. art.* 2031.)

Secondo i nostri usi queste cessioni si sottintendono, e si permetterebbe in questo caso al fidejussore di ripetere *recta via* dal creditore ciò, che questo avesse ricevuto una seconda volta.

§. IV.

Quando possa esercitare il suo regresso il fidejussore che ha pagato.

440. Regolarmente il fidejussore che ha pagato può agire contro al debitor principale pel suo regresso subito dopo d'aver pagato per lui : ma se avesse pagato prima che il termine fosse scaduto, potrebbe agire soltanto dopo spirato il termine; poichè egli non deve col suo fatto privarlo di quel termine ch'egli ha diritto di godere. L. 22, §. 1, L. 51, ff. *mand.*

§. V.

Se quando vi sono più debitori principali il fidejussore abbia azione contro ciascuno d'essi e per quanto.

441. Il fidejussore può coll' azione *contraria mandati*, o coll' azione *contraria negotiorum gestorum*, agire contro ciascuno de' debitori principali, per cui ha prestata

la sua fidejussione, onde ripetere il totale di ciò ch' egli ha pagato: imperciocchè ciascuno di questi debitori principali essendo debitore del totale verso del creditore, il fidejussore rendendosi sicurtà per ciascuno d'essi, e pagando ha liberato ognuno d'essi pel totale del debito, e per conseguenza ha diritto di ricercare solidariamente da ciascuno d'essi il rimborso del totale di ciò ch'egli ha pagato, e gl'interessi dal giorno della sua domanda.

Se nel momento in cui il fidejussore ha pagato vi erano degl' interessi e degli arretrati, questi interessi e questi arretrati formano un capitale riguardo al fidejussore che gli ha pagati, in faccia del debitore pel quale gli ha pagati, e ne sono dovuti gl'interessi al fidejussore dal giorno della sua domanda. *Decreto riportato da Papon*, X, 4, 20. (*Cod. civ. art.* 2030.)

Osservate nulladimeno che riguardo alla somma pagata per questi interessi ed arretrati, il fidejussore che si è fatto surrogare nei diritti del creditore, sarà collocato relativamente ai beni del debitore contro cui esercita il suo regresso nello stesso rango

che sarebbe collocato il creditore, se non fosse stato pagato: ma riguardo agl'interessi di questa somma che abbiamo detto essere a lui dovuti dal giorno della sua domanda, siccome non ha diritto di pretenderli che in testa propria, così egli sarà collocato soltanto dal giorno dell' atto d' indennità fatto avanti notajo se il debitore glie lo ha fatto; o se no dal giorno della condanna, ch' egli avesse ottenuta contro di lui. (Questa collocazione avrebbe luogo in oggi soltanto dal giorno in cui il titolo del fidejussore fosse stato inscritto.)

Il fidejussore che esige da uno de' debitori principali per cui ha fatto sicurtà il totale del debito da lui pagato, deve cedere a questo debitore non solo le azioni ch' egli ha in testa propria contro agli altri debitori, ma le azioni parimenti del creditore nelle quali egli ha dovuto farsi surrogare pagando. Se il fidejussore nel pagare il creditore, ha trascurato di ricercare questa surrogazione, e perciò siasi posto fuori di stato di poterne procurare la surrogazione a quel debitore principale da cui esige il totale del debito pagato, potrà que-

sto debitore, offrendo di rimborsarlo della sua parte, ottenere *per oppositam exceptionem cedendarum actionum*, l'assoluzione dalla domanda del fidejussore per le porzioni degli altri debitori principali.

Questo ha luogo se il debitore aveva effettivamente interesse d'essere surrogato nelle azioni del creditore; ma s'egli non vi aveva alcun interesse, se la surrogazione nelle azioni che il fidejussore ha in testa propria, gli dà lo stesso avvantaggio sui beni de'suoi condebitori, come la surrogazione nelle azioni del creditore, in questo caso non è più ammissibile a lagnarsi perchè il fidejussore non abbia richiesta, pagando, la surrogazione nelle azioni del creditore e non possa procurargliela; egli non è ammissibile per conseguenza nell'eccezione *cedendarum actionum*.

Ciò si rischiarerà coll'esempio seguente. *Finge.* Varj debitori hanno presa a prestito solidariamente una somma da un creditore sotto alla mia fidejussione, e ciascuno d'essi m'ha rilasciato un atto d'indennità avanti notajo, colla stessa data dell'obbligazione da essi contratta verso al creditore. In se-

gnito io pago questo debito senza ricercare la surrogazione nelle azioni del creditore e ne domando il rimborso pel totale ad uno dei debitori. Risulta evidentemente, ch' egli non può in questo caso lagnarsi dal non avergli io procurata la surrogazione nelle azioni del creditore; poichè l'azione ch'io ho in testa propria contro ai condebitori, e nella quale io sono pronto a surrogarlo, avendo un' ipoteca risultante dall' atto d'indennità dell' istessa data dell' ipoteca delle azioni del creditore, la surrogazione in quest' azione ch'io gli offro gli procura gli stessi avvantaggi sui beni de' suoi condebitori, che gli avrebbe procurata la surrogazione in quelle del creditore, e lo rende per conseguenza senza interesse e non ammissibile a lagnarsi di non avergliela io potuta procurare.

Quando il fidejussore s' è reso sicurtà soltanto per uno dei debitori solidarj, e non per gli altri, dopo pagato il debito non ha azione diretta che verso quello per cui ha fatto sicurtà: egli può solamente, come esercente i diritti ed azioni del suo debitore, esercitare quelli che il debitore istesso,

pagando il debito, avrebbe potuto esercitare contro di essi, e nell'istessa maniera che gli avrebbe questo esercitati; su di che vedete *supra n.* 281.

Articolo II.

Dei casi in cui il fidejussore ha azione contro al debitor principale, anche prima d'aver pagato.

442. La legge 10, Cod. *mand.* non riconosce che tre casi in cui un fidejussore possa agire, prima d'aver pagato il debito, contro al debitore per cui ha fatto sicurtà, ond' essere da lui indennizzato. *Si pro ea contra quam supplicas fidejussor, seu mandator intercessisti, et neque condemnatus es, neque bona sua eam dilapidare postea coepisse comprobare possis, ut tibi justam metuendi causam praebeat; neque ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis et ante solutionem convenire; nulla ratione, antequam satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionem urgeri certum est*; d. L. 10.

Il primo caso riportato da questa legge è quando il fidejussore è stato condannato a pagare, *si neque condemnatus es.*

Secondo la nostra pratica francese, il fidejussore non è obbligato ad aspettare d'essere stato condannato. Appena dopo ch'egli è convenuto dal creditore, può citare il debitor principale, come suo garante, acciò sia tenuto a pagarlo: egli deve anzi farlo; in mancanza di che il debitore non è tenuto a pagare il fidejussore delle spese fatte prima ch'egli sia stato chiamato in causa, ma solamente dell'atto di domanda originaria, e delle spese fatte dopo ch'egli è stato posto in causa. (*Cod. civ. art.* 2032.)

Il debitore, che il fidejussore ha trascurato di chiamare in causa, può anche qualche volta evitare di rimborsare al fidejussore il capitale che questo è stato condannato a pagare, quand' egli cioè aveva dei buoni mezzi di difesa contro la domanda del creditore, che avrebbe potuti opporre, qualora fosse stato chiamato in causa; *supra*, *n.* 433.

Il secondo è quando il debitor principale

è in rovina, *neque postea bona sua dilapidare comprobare possis.* In questo caso il fidejussore, sebbene non abbia ancora pagato, può sequestrare i beni del debitor principale, acciò rispondano della fidejussione ch' egli ha incontrata per lui. (*Cod. civ. art.* 2032.)

Il terzo caso espresso da questa legge è quando il debitore s'è obbligato a liberare entro ad un certo tempo il fidejussore dalla sua fidejussione. In questo caso, spirato un tal tempo, il creditore può agire contro al debitor principale, acciocchè gli ottenga questa liberazione, o gli dia una somma sufficiente a pagare il creditore. (*Cod. civ. ibid.*)

La legge dice *neque ab initio*, perchè secondo i principj del diritto romano, questa convenzione doveva intervenire al tempo del mandato; le convenzioni intervenute dopo il contratto, erano soltanto semplici patti, che secondo la sottigliezza del romano diritto non potevano produrre azione. Vedete *in Pand. Justin. tit. de pactis, n.* 34. Queste sottigliezze non essendo state ricevute nel nostro diritto, nulla importa che

la convenzione sia intervenuta nel tempo del contratto, o dopo.

La legge 38, §. 1, *mand.* riporta un quarto caso, *si diu reus in solutione cessavit.* Secondo questa legge, sebbene non v'abbia alcuna clausola per cui il debitor principale sia obbligato ad ottenere la liberazione del fidejussore entro ad un certo tempo, nulladimeno il fidejussore la di cui obbligazione dura da un tempo considerabile, può citare il debitor principale, onde gliene procuri la liberazione. La legge, con questa parola *diu*, indica un tempo considerabile; ma non lo determina precisamente. Bartolo lo determina a due o tre anni: varj altri a dieci anni da computarsi dalla data della fidejussione. Ma nulla può definirsi a questo riguardo; e ciò deve dipendere dalle circostanze, ed esser lasciato all'arbitrio del giudice, *gl. ad d. L.* 38.

(Il Codice civile fissa questo spazio a dieci anni, quando un' obbligazion principale non ha un termine fisso alla scadenza. Ma questa regola non ha luogo se l'obbligazion principale, come per esempio la tutela, è di tale natura da non poter es-

sere estinta prima di un tempo determinato:
Art. 2032.)

443. Quando l'obbligazione a cui un fidejussore ha acceduto, deve per sua natura durare un certo tempo, per quanto lungo egli sia, sintantocchè dura il fidejussore non può domandare che il debitor principle gli procuri la sua liberazione; imperciocchè avendo conosciuto, o dovuto conoscere la natura dell'obbligazione alla quale accedeva, ha dovuto computare, che rimarrebbe obbligato per tutto questo tempo. Per lo che colui che s'è reso fidejussore di un tutore per l'amministrazione della sua tutela, sintantocchè questa dura, non può domandare al tutore che lo faccia liberare dalla sua fidessione; poichè l'obbligazione risultante dall'amministrazione della sua tutela non può finire prima della tutela. Per la ragione istessa colui che s'è reso fidejussore d'un marito verso alla moglie per la restituzione della sua dote, non può domandare a questo marito, sintantocchè dura il matrimonio, d'essere liberato della sua fidejussione; poichè è di tal natura l'obblgazione della restituzione della dote,

che può estinguersi soltanto dopo lo scioglimento del matrimonio. (*Cod. civ. art.* 2032.)

(Il fidejussore può eziandio agire contro al debitor principale, anche prima d'aver pagato, quando il debito è divenuto esigibile per la scadenza del termine sotto al quale era stato contratto. *ibid.*)

ARTICOLO III.

Se il fidejussore d'una rendita possa obbligare il debitore a redimerla.

444. O vi è stata una convenzione tra il fidejussore ed il debitor principale, colla quale il debitore si è obbligato di liberarlo dalla sua fidejussione a capo d'un certo termine convenuto tra le parti; o non vi è stata a questo riguardo convenzione alcuna. Il primo caso fa meno difficoltà del secondo, sebbene non lascia d'avere qualche difficoltà apparente. Si può dire infatti, che una tal convenzione non è valida, siccome contraria alla natura delle rendite costituite, poichè è nella loro essenza che il debitore non possa giammai esser forzato a redimerle. Si aggiunge che

tali convenzioni qualora fossero permesse, aprirebbero il campo alle frodi dei creditori, i quali per procurarsi il potere di sforzare i debitori delle rendite costituite a redimerle, acquisterebbero le rendite soltanto sotto alla secreta condizione, che si facesse intervenire un fidejussore ad essi fedele, col quale il debitore avesse la convenzione di redimere la rendita a capo d'un certo tempo, e con questo mezzo tali creditori si formerebbero indistintamente delle rendite usurarie, senza alienare il loro fondo ed il lor capitale. Non ostante tali ragioni, Dumoulin, *tract. de usur. q.* 30, decide che questa convenzione è valida; che il fidejussore può a capo del tempo convenuto esigere dal debitor principale che gli ottenga la liberazione della sua fidejussione, e che a questo effetto sia tenuto a riscattare la rendita. Se si oppone contro a questa convenzione, che è nell'essenza delle rendite costituite, che il debitore non possa esser forzato a redimerle, la risposta si è, che è veramente nell'essenza di queste rendite che il debitore non possa esser forzato dal creditore a redimerle; ma nulla impedisce che possa esservi

esservi sforzato da un terzo. E' la perfetta alienazione del capitale che il creditore ha pagato per l' acquisto della rendita che forma l'essenza della rendita costituita; ma basta perchè esista quest' alienazione che il creditore della rendita non siasi ritenuto il diritto di poterla esigere, e che non possa giammai obbligare a ciò il debitore; ma è indifferente che il debitore possa esservi obbligato da un terzo. In quanto alla seconda obbiezione, cavata dalla frode, la risposta si è che questa non si presume giammai. E' vero che la permissione di questa convenzione può dar qualche volta occasione alla specie di frode qui sopra menzionata, e questo è un inconveniente: ma se sotto il pretesto di questo inconveniente, una tal convenzione che in se stessa è lecitissima fosse proibita, ne risulterebbe un male più grande, cioè che spesso le persone non troverebbero il denaro di cui esse hanno bisogno pei loro affari, per mancanza di trovare dei fidejussori che volessero contrarre un' obbligazione la di cui durata non sarebbe in alcun modo limitata.

Il secondo caso, cioè quello in cui non

v'è stata alcuna convenzione tra il debitor principale ed il fidejussore, soffre maggiori difficoltà. Dumoulin, *ibid*, decide, che in questo caso il fidejussore non può, per quanto sia lungo il tempo trascorso, obbligare il debitor principale a redimere la rendita, onde liberarlo dalla sua fidejussione, poichè la natura della rendita essendo di durare perpetuamente sino a che piaccia al debitore di redimerla, il fidejussore che conoscendone la natura ha voluto rendersi sicurtà, si è sottoposto a contrarre un'obbligazione perpetua al pari della rendita: *Non obstat*, dice egli, *quod diu vel perpetuo remanebit in obligatione, quia hoc est de natura obligationis, et sic praevisum fuit, et tamen fidejussit, et se perpetuo obligavit; simplex autem promissio indemnitatis intelligitur secundum naturam obligationis principalis.* Così, aggiunge egli, colui che si rende fidejussore per chi ha preso in affitto uno stabile per ottant'anni, contrae una fidejussione di un'eguale durata: così i fidejussori d'una tutela, così i fidejussori d'un marito per la restituzione della dote contraggono delle fidejussioni che devono durare tanto,

quato la tutela o il matrimonio, e di cui non possono essere prima liberati. Questa è la giurisprudenza del parlamento di Tolosa, come attesta Catelan, *tom.* 2, *lib* 5, *cap.* 21 (*Cod. civ. art.* 2032.). Non ostante tali ragioni si ritiene nel foro, che anche nel caso in cui non vi sia stata alcuna convenzione tra il principal debitore ed il fidejussore, quando il fidejussore si è obbligato a richiesta del debitore, e che la sua fidejussione dura da un tempo considerabilissimo, come da dieci anni per lo meno, il fidejussore è ben fondato a domandare al debitor principale che lo liberi, redimendo la rendita entro ad un certo tempo che verrà limitato dal giudice. La ragione si è, che se una rendita è di tale natura da durar sempre sintantocchè non sia redenta, ella è parimenti di natura tale da poter essere sempre redenta. Se il fidejussore di un affittuale per una lunga serie di anni, o d'un tutore o d'un marito per la restituzione della dote non può esser liberato che dopo spirato l'affitto, la tutela o il matrimonio, questo nasce dalla natura di tali obbligazioni di non poter finire più

presto; per cui quello che si è reso fidejussore di questa sorta d'obbligazioni ha dovuto riconoscere che l'obbligazione della sua fidejussione non finirebbe prima. Ma le rendite costituite potendo essere redente, e redimendosi frequentissimamente, quello che si è reso fidejussore per il debitore ha creduto che il debitore redimerebbe la rendita, e che la sua fidejussione non sarebbe eterna; perciò quando dura un tempo troppo lungo egli deve essere ammesso a domandare che il debitore lo liberi redimendo la rendita; questa è l'opinione di Basnage, p. 2, cap. 5: Lacombe cita un decreto che ha così giudicato.

(Si deve applicare a questo caso la regola stabilita dal Codice civile, art. 2032, che permette al fidejussore dopo dieci anni di farsi liberare, quando l'obbligazion principale non ha un termine fisso per la scadenza, coll'eccezione però di cui egli fa menzione.)

Il diritto risultante dalla convenzione, che il debitore sarà tenuto di redimere la rendita entro ad un certo tempo convenuto, onde liberare il fidejussore, non s'eser-

cita con tutto il rigore. Se il fidejussore perciò, dopo spirato il termine convenuto, agisce contro al debitore onde costringerlo a questa redenzione, il giudice deve esser facile ad accordare al debitore una proroga per soddisfare a questa obbligazione, quando il debitore non abbia la comodità di farlo al momento. *Molin. ibid.*

445. Quando il fidejussore, che ha convenuto col debitor principale, che questo redimerebbe la rendita entro ad un certo tempo, è divenuto l'unico erede del creditore della rendita, o quando essendone divenuto erede in parte, la rendita colla divisione è caduta nella sua porzione, egli è evidente che non può più esigere dal debitor principale la redenzione della rendita; poichè la sua fidejussione in questo caso si trova estinta, non potendo egli esser fidejussore verso di se stesso. Egli non può più adunque essere ammissibile a domandare che il debitore lo liberi da una fidejussione che non sussiste più, e di cui egli si trova già liberato.

Quid, se la rendita, per cui egli si è reso fidejussore verso al defunto, è caduta nella

porzione di un suo coerede, o se non s'è ancor fatta la divisione? Molineo, *ibid.* decide, che se il fidejussore è divenuto erede del creditore per una picciola porzione soltanto, egli può nell'uno e nell'altro dei casi sopra accennati esercitare il diritto ch'egli ha in testa propria d'obbligare il debitore a procurargli la liberazione della sua fidejussione, redimendo la rendita; ma che se egli è divenuto erede del creditore per una porzione considerabile, come per una metà o per un terzo, egli non può nè nell' uno nè nell' altro caso esigere dal debitore questa liberazione. La ragione ch' egli ne riporta si è, che divenendo il fidejussore erede in una parte considerabile della rendita, è divenuto creditore di una porzione considerabile di questa rendita; e che questa qualità di creditore di una porzione considerabile della rendita ch' egli ha, o ch' egli ha avuta prima della divisione, si oppone al diritto di esigerne la redenzione dal debitore, onde procurarsi la liberazione della sua fidejussione; e ciò tanto più in quanto o gli è, o gli è stato facile di procurarsi in altro modo questa

liberazione, facendo cioè cadere questa rendita colla divisione nella sua porzione.

Io avrei della difficoltà ad arrendermi a questa decisione di Dumoulin, sopra tutto nel caso in cui la rendita fosse pervenuta per intiero colla divisione al coerede del fidejussore; imperciocchè secondo i principj della nostra giurisprudenza intorno all'effetto dichiarativo e retroattivo delle divisioni, che non erano così ben stabiliti al tempo di Dumoulin come lo sono in oggi, si reputa che un erede sia succeduto al defunto in quegli effetti soltanto, che colla divisione sono caduti nella di lui porzione (*Cod. civ. art.* 883.). Si reputa adunque che il fidejussore non sia giammai succeduto alla rendita per la quale egli s'è reso fidejussore verso il defunto, essendo questa rendita caduta per intiero nella porzione del suo coerede: si reputa adunque, ch'egli non abbia giammai avuta in alcuna porzione la qualità di creditore di questa rendita; nulla adunque può impedirgli d'esercitare il diritto ch'egli ha in testa propria d'esigere dal creditore che debba redimerla onde procurargli la libe-

razione della sua fidejussione. In quanto a ciò che aggiunge Dumoulin, ch'è stato facile al fidejussore di prŏcurarsi la liberazione della sua fidejussione facendo cadere la rendita nella sua porzione, io rispondo, 1o. che questo non dipendeva intieramente dal fidejussore, giacchè il suo coerede, a cui questa rendita poteva aggradire di più degli stabili, ha potuto esigere che la sorte ne decidesse; 2°. Quand' anche ciò fosse dipenduto dal fidejussore, io non vedo ch' egli fosse obbligato, per far piacere al debitore, di prendere piuttosto questa rendita che altri effetti della successione che potevano piacergli di più, ed essergli di un maggiore vantaggio.

Il caso in cui la divisione non sia ancor fatta soffre maggiori difficoltà. Io penserei che in questo caso si dovesse soprassedere alla domanda spiegata dal fidejussore contro al debitore per la redenzione della rendita sin dopo alla divisione: imperciocchè non è conforme all' equità, che il fidejussore agisca contro al debitore per la redenzione, quand'egli ha speranza d' acquistare la liberazione della sua fidejssione col-

la divisione, che può far cadere questa rendita nella sua porzione.

Quid se la divisione fosse fatta, e che la rendita fosse rimasta in comunione tra il fidejussore ed il suo coerede? Io convengo che in questo caso la qualità di creditore di una porzione di questa rendita, che ha il fidejussore, gl'impedisce di poter esigere dal debitore ch'egli redima il totale della rendita: ma perchè non potrebbe egli, dichiarando d'acconsentire ch'essa continui per la parte che a lui è pervenuta colla divisione, esigere che la redima per la porzione appartenente al suo coerede, a fine di liberarlo dalla sua fidejussione? Io non vedo nulla che debba impedirlo.

Il fidejussore cessa d'aver il diritto d'esigere dal debitor principale la redenzione della rendita, non solo quando a titolo d'erede è divenuto proprietario e creditore della rendita, ma anche quando lo diviene a qualunque altro titolo si sia, o universale o particolare; *puta*, se divenisse donatario o legatario universale del creditore della rendita, o donatario o legatario particolare

della rendita: imperciocchè egli ha diritto di domandarne la redenzione soltanto per essere liberato dalla sua fidejussione, ed egli non ha più bisogno d' esserne liberato quand' è divenuto proprietario della rendita a qualunque titolo si sia, poichè allora la sua fidejussione è estinta, niuno potendo essere fidejussore verso se stesso.

Se il diritto di proprietà della rendita, che il fidejussore ha acquistato, fosse soltanto un diritto risolvibile; *puta*, s' egli fosse donatario o legatario di questa rendita col peso di sostituzione, l' obbligazione della sua fidejussione sarebbe in questo caso piuttosto sospesa che estinta: essa rivivrebbe quando il suo diritto di proprietà venisse a risolversi, *puta*, per l' apertura della sostituzione. Il fidejussore perciò non potrebbe esigere la redenzione della rendita sintantochè egli ne fosse proprietario, ma venendo a risolversi il suo diritto di proprietà, e per conseguenza l' obbligazione della sua fidejussione venendo a rivivere verso quello a cui è passata la proprietà della rendita, il diritto di domandare al principal debitore che redima la rendita,

onde liberarlo dalla sua fidejussione, deve egualmente rivivere, e ricomincerà a decorrere il tempo entro al quale questo si è obbligato di fare una tal redenzione, il qual tempo aveva cessato di decorrere mentre il fidejussore era proprietario della rendita.

Ma se il fidejussore che è divenuto proprietario della rendita cessa d'esserlo per un'alienazione volontaria da lui fatta, e non per la risoluzione del suo diritto, l'obbligazione della sua fidejussione non rivive, e non rivive neppure per conseguenza il diritto d'esigere dal debitore la redenzione della rendita; *Molin. ibid. quaest.* 29, *num.* 246.

Quando il fidejussore istesso abbia redenta la rendita, sebbene siasi fatto surrogare nei diritti del creditore, e possa per questa surrogazione farla rivivere contro al debitore, pure non facendo uso di questa surrogazione egli potrà ripetere dal debitor principale la somma pagata per questa redenzione. La ragione si è, che un mandatario può ripetere, *actione mandati contraria*, tutto ciò che l'affare di cui si è in-

caricato l' ha obbligato a sborsare, *quidquid ex causa mandati ipsi inculpabiliter abest.* (V. *Pand. Justintit. tit. mand. n.* 53 *et seq.*) Ora è la fidejussione che il fidejussore ha incontrata ad istanza del debitore che l' ha obbligato a questa redenzione, onde por fine alla sua obbligazione: dunque questa somma *ipsi abest ex causa mandati*, *et quidem inculpabiliter;* poichè il debitor principale non può disapprovare questa spesa, essendo egli stesso obbligato ad eseguire una tal redenzione, onde por fine all'obbligazione del fidejussore suo mandatario se non l'avesse fatto l'istesso fidejussore: questo debitor principale adunque non può in alcun modo esimersi dalla restituzione di questa somma; *Molin. ibid. quaest.* 30.

Tanto nel caso in cui il fidejussore abbia pagata una somma di denaro per la redenzione della rendita, come nel caso in cui col consenso del creditore gli abbia data qualch' altra cosa equivalente alla somma per cui la rendita era redimibile, egli può sempre ripetere questa somma dal debitor principale; poichè e nell' uno e nell' altro caso, *ipsi ex causa mandati abest.*

Osservate che se il fidejussore avesse redenta la rendita prima dello spirare del termine entro al quale il debitore s' era obbligato di redimerla, egli potrebbe ripetere la somma pagata soltanto dopo lo spirare di questo termine: anzi anche dopo spirato questa ripetizione non deve esercitarsi con rigore; e quando è domandata, il giudice deve esser facile ad accordare un termine al debitore onde trovar del denaro.

Noi abbiamo detto che il fidejussore che ha redenta la rendita può ripetere dal debitor principale per cui ha prestata la sua fidejussione il denaro sborsato, soltanto non usando della surrogazione ad esso accordata onde far rivivere la rendita: ma perchè ciò? Sembrerebbe al contrario che il fidejussore avendo due qualità, *duarum personarum vices sustinens*, potrebbe esercitare tutti ad un tratto i diritti diversi da queste due qualità risultanti; cioè quello d'esigere la continuazione della rendita come surrogato nei diritti del creditore, e quello che ha in testa propria d'esigere dal debitor principale la redenzione della rendita. Anzi

sembra ch'egli lo possa tanto più, in quanto che il debitor principale sembra che non soffra da ciò pregiudizio alcuno; poichè se il fidejussore non avesse eseguita la redenzione potrebbe da lui esigere che l'eseguisse; e non ostante una tale dimanda del fidejussore, sintantochè egli non avesse ciò fatto, non lascerebbe d'esser tenuto di pagarne gli arretrati al creditore; ora è a lui indifferente il pagarli piuttosto al fidejussore surrogato nei diritti del creditore che al creditore istesso. Non ostante tali ragioni Dumoulin, *quaest.* 29, decide, che quel fidejussore il quale vuol usare del diritto di surrogazione e servirsi della rendita, non può più usare il diritto che aveva d'esigerne la redenzione; poichè questi due diritti sono assolutamente incompatibili. Il creditore d'una rendita costituita, o quello che vuole esercitarne i diritti, è obbligato per questa sua qualità di procurare al debitore il libero godimento del capitale della rendita per tutto il tempo che piacerà al debitore; il che è contraddittorio col diritto d'esigere il capitale.

Dumoulin, *quaest.* 30, *n.* 249, modera

questa sua decisione col dire, che se il fidejussore, essendo nell'ignoranza di diritto di non poter accumulare il diritto di far rivivere a suo profitto la rendita e quello d'esigerne la redenzione, avesse ricevuto un anno o due d'arretrati, non lascerebbe di poter essere ammesso ad esigerne la redenzione, offrendo di rinunziare alla surrogazione nei diritti del creditore, e d'imputare per conseguenza sul capitale gli arretrati ricevuti.

ARTICOLO IV.

Delle azioni del fidejussore contro ai suoi confidejussori.

446. Un fidejussore può bensì esercitare contro ai suoi confidejussori le azioni del creditore, quando abbia avuta la precauzione di farvisi surrogare, ma secondo le leggi romane egli non ha in testa propria azione alcuna contro di essi, anche nel caso in cui avesse pagato il debito; tale è la decisione della legge 39, ff. *de fid.*, leg. 11, Cod. *d. tit.*

I giureconsulti romani si sono fondati sui principj seguenti: Quando più persone si rendono fidejussori per un istesso debitore, non contraggono obbligazione alcuna fra loro: ciascuno d'essi ha intenzione soltanto d' obbligare il debitor principale; e ciascuno d' essi si propone soltanto d' amministrare l' affare del debitor principale, e non quello de' suoi confidejussori: *Solius rei principalis negotium gerit, non alter alterius negotium gerit.*

Questo principio è vero, e si può anzi dirlo evidente: ma la conseguenza che i romani giureconsulti ne hanno dedotta, cioè che un fidejussore non può giammai senza surrogazione d' azioni avere alcuna azione di regresso contro ai suoi confidejussori, anche quando ha pagato il debito intiero a cui tutti erano tenuti, è una conseguenza troppo dura, e che non fu ammessa nella nostra giurisprudenza. I nostri giureconsulti francesi al contrario hanno pensato che quel fidejussore, il quale ha pagato tutto il debito, può ripeterne una parte da' suoi confidejussori senza alcuna surrogazione d'azioni. Questa fu l'opinione d' Argentré, sull' articolo

ticolo 213 dell' antico statuto di Brettagna; e questa passò in disposizione al tempo della riforma, *art.* 194.

Una tale azione non nasce dalla sicurtà, a cui questo fidejussore co' suoi confidejussori s' è sottomesso, poichè secondo il principio qui sopra stabilito, non hanno tra essi contratta obbligazione alcuna con questa fidejussione: essa nasce dal pagamento che il fidejussore ha fatto di tutto il debito, e dall' equità la quale non permette che quei confidejussori i quali erano tenuti al debito al pari di lui, approfittino a sue spese del pagamento ch' egli ne ha fatto. Questa azione non è la vera azione *negotiorum gestorum*: poichè il fidejussore che ha pagato il debito intiero, avendo pagato ciò che effettivamente doveva, ed essendosi liberato dalla sua propria obbligazione, *proprium negotium gessit*, *magis quam cofidejussorum*; ma quest' azione è un' azione *utilis negotiorum gestorum*, *quae non ex subtili juris ratione*, *sed ex sola utilitatis et equitatis ratione proficiscitur*; poichè sebbene questo fidejussore, *ipsius inspecto proposito*, pagando il debito intiero abbia fatto

piuttosto il suo proprio interesse che quello de'suoi confidejussori, pure, *effectu inspecto*, avendo in quanto all'effetto amministrato l'affare de' suoi confidejussori nel tempo istesso ch'egli trattava il suo, avendoli col fatto pagamento liberati da un debito che loro era comune con lui, l'equità esige ch'essi pure portino una parte di questo pagamento, del quale hanno al pari di lui approfittato.

Vi sono alcuni autori che sono andati ancora più lungi e che hanno sostenuto, che nel caso d'insolvibilità del debitor principale, un fidejussore aveva azione in testa propria contro ai suoi confidejussori, non solo dopo d'aver pagato il creditore, onde ripetere le loro parti di ciò che al pari di lui sarebbero stati tenuti di pagare al creditore, ma che anche prima d'aver pagato, ciascuno de' fidejussori aveva azione contro a' suoi confidejussori acciò contribuissero con lui al pagamento della somma ch'essi tutti dovevano al creditore. Essi sono giunti sino ad asserire, che nel caso d'insolvibilità del debitore d'una rendita costituita, un fidejussore che si trovi da un tempo

considerabile sicurtà di questa rendita, aveva azione contro a'suoi confidejussori, perchè fossero tenuti di contribuire con lui alla redenzione di questa rendita istessa. *Vedete* Basnage, trattato delle ipoteche, *part.* 2, *cap.* 6, il quale cita alcuni decreti del parlamento di Normandia che hanno giudicato in tal guisa; e Brodeau *sopra Louet*, *lettera F*, *cap.* 27, il quale cita parimenti un decreto del parlamento di Parigi. Ma io credo che questi autori abbiano portata troppo lungi la cosa. Io accordo che quando uno dei fidejussori è giudizialmente convenuto dal creditore, ha azione contro ai suoi fidejussori, perchè ciascuno d'essi sia tenuto a fornire la sua parte della somma domandata, il di cui pagamento deve far cessare le giudiziali istanze del creditore; e che in mancanza di ciò, ciascuno d'essi sarà tenuto per la sua parte alle spese fatte dopo che gli è stata denunziata la lite. Quest'azione nasce dalle domande spiegate contro al fidejussore, e dall'equità, la quale non permette, che tra varie persone, tutte egualmente tenute ad uno stesso debito, uno sia convenuto piuttosto che gli altri.

Su di questa ragione d'equità è appunto che fu stabilito il benefizio di divisione tra i confidejussori. Quest' istessa ragione d'equità, che fa ammettere un fidejussore convenuto al pagamento a dimandare al creditore che divida la sua azione e le sue istanze fra tutti i fidejussori, lo deve parimenti far ammettere a dimandare a' suoi confidejussori che contribuiscano, ciascuno per la sua parte, al pagamento del debito; ed in mancanza di ciò, al pagamento delle spese fatte dopo che la lite loro fu denunziata. Egli deve essere ammesso a questa domanda, anche quando abbia rinunziato al benefizio di divisione, o quando ne sia escluso per la natura del debito di cui è fidejussore; poichè questa rinunzia e questa esclusione, ha luogo soltanto in favore del creditore.

Ma sintantocchè il fidejussore non è convenuto al pagamento, egli non ha azione alcuna contro a' suoi confidejussori per obbligarli a contribuire con lui al pagamento del debito: imperciocchè i confidejussori, secondo il principio qui sopra stabilito, non avendo inteso di contrarre fra

loro obbligazione alcuna, quella da cui nasce l'azione che l'uno d'essi ha contro a' suoi confidejussori quand'è giudizialmente convenuto, è fondata soltanto su d'una ragione d'equità nascente dalle azioni istesse spiegate contro di lui; d'onde ne segue ch'egli non può averne alcuno, sintantocchè non è convenuto dal creditore. A maggior ragione il fidejussore d'una rendita, in caso d'insolvibilità del debitor principale non può avere azione alcuna contro ai suoi confidejussori onde obbligarli a contribuire con lui alla redenzione della rendita; impercìocchè da quale obbligazione potrebbe mai nascere quest'azione? Quando il fidejussore l'abbia redenta non può domandar altro a' suoi confidejussori che la continuazione della rendita ciascuno per la loro parte; poichè l'azione ch'egli ha contro di essi, potendo nascere soltanto dalla regola d'equità che non permette, che i suoi confidejussori approfittino di questa redenzione a sue spese; e questi confidejussori non ritraendo altro profitto da questa redenzione che la liberazione della prestazion d'una rendita, essi possono essere tenuti soltanto

a continuare ad esso ciascuno per la sua parte una rendita eguale a quella, la di cui redenzione gli ha liberati verso del creditore.

Un fidejussore che ha pagato un debito esigibile, o redenta una rendita, ha azione contro agli altri fidejussori principali, ed in caso d'insolvibilità d'alcuno di essi, contro alle sicurtà di questo fidejussore insolvibile, che a questo riguardo lo rappresentano; ma egli non ha azione alcuna contro alle sue proprie sicurtà che hanno prestata fidejussione per lui; imperciocchè questi sono *fidejussor fidejussoris*; ed il fidejussore in faccia alle sue proprie sicurtà tien luogo d'un debitor principale, *est instar rei principalis*.

Per la ragione istessa quando il fidejussore del fidejussore ha pagato, egli ha il regresso pel totale contro a quel fidejussore di cui egli è sicurtà.

(Secondo il Codice civile, il fidejussore ha diritto d'esercitare un regresso contro ai suoi confidejussori soltanto quand'abbia pagato in uno de'casi enunciati nei due precedenti articoli di questo Trattato, art. 2033.)

SEZIONE VIII.

Di varie altre specie d'obbligazioni accessorie.

ARTICOLO PRIMO.

Dell' obbligazione di quelli che si chiamano in diritto Mandatores.

447. Quello, per di cui ordine io ho prestato del denaro a qualcuno, si chiama in diritto *mandator pecuniae credendae*: *toto tit. ff. de fidej. et mand.*

Qualora voi mi date ordine di prestare una certa somma di denaro a Pietro, questo ordine ch'io m'incarico d'eseguire rinchiude un contratto di mandato che interviene tra noi.

Secondo i principj del contratto di mandato, essendo il mandatario obbligato verso al mandante, *actione mandati directa*, a rendergli conto di tutto ciò ch'egli ha *ex causa mandati*, io sono per questo contratto obbligato, *actione mandati directa*,

nella mia qualità di mandatario, verso di voi che siete il mandante a cedervi l'azione nascente dal prestito della somma di denaro da me fatto, in esecuzione del vostro mandato, e che io ho per conseguenza *ex causa mandati.*

Dal lato vostro, voi siete verso di me obbligato, *actione mandati contrariâ*, a rimborsarmi ed indennizzarmi della somma da me sborsata onde eseguire il vostro mandato, prestandola per ordine vostro a Pietro. Con questa obbligazione voi divenite verso me responsabile di Pietro, nel debito ch'egli ha contratto meco, a motivo del prestito ch'io gli ho fatto.

In questo i *mandatores pecuniae credendae* concordano coi fidejussori.

Non bisogna però confonderli, ed avvi una differenza essenziale tra gli uni e gli altri.

L'obbligazione del fidejussore non è altro che un semplice accessorio all'obbligazione del debitor principale, la quale ha per causa quella del debitor principale. Quando per esempio voi vi rendete fidejussore verso di me per una somma di de-

naro che ho prestata a Pietro, o per una somma di denaro che Pietro mi deve per prezzo d'una cosa da me vendutagli, la fidejussione da voi contratta è soltanto un semplice accessorio all'obbligazione di Pietro; e la causa della vostra obbligazione, al pari di quella di Pietro, alla quale voi avete acceduto, è la vendita o il prestito da me fatto a Pietro.

Ma non può dirsi lo stesso dell'obbligazione da voi contratta verso di me, per l'ordine da voi rilasciatomi di prestare una certa somma a Pietro. Egli è vero ch'essa ha l'istesso oggetto come quella che Pietro contrae verso di me pel prestito ch'io gli faccio per ordine vostro; così la somma di denaro che voi dovete rimborsarmi, *actione mandati contraria*, non è una somma eguale, ma è precisamente la somma istessa dovutami da Pietro; e non mi è permesso di riceverla da voi e da lui secondo la regola: *Bona fides non patitur ut idem bis exigatur*; leg. 57, ff. *d. R. J.* Ma sebbene la vostra obbligazione abbia l'istesso oggetto di quella di Pietro, sebbene la somma dovutami da voi e da lui, sia una sola

e medesima cosa, di cui Pietro è il debitore più principale, poichè egli vi è debitore per lui stesso assolutamente, e voi ne siete debitore piuttosto per lui che per voi; nulladimeno la vostra obbligazione non è un puro accessorio di quella di Pietro; essa ha una causa diversa da quella dell' obbligazione di Pietro, e questa è il contratto di mandato intervenuto tra noi. Questo contratto non è un semplice contratto accessorio come lo è una fidejussione; ma è un contratto principale: la vostra obbligazione adunque che nasce da questo contratto che è un'obbligazione, *ex causa mandati*, ha una causa distinta da quella dell' obbligazione di Pietro che mi è debitore *ex causa mutui.*

Da questi principj intorno alla differenza dell' obbligazione d'un *mandator pecuniae credendae*, e di quella d'un semplice fidejussore, ne segue questa differenza tra l'una e l'altra, che quando un semplice fidejussore ha pagato il debito per cui erasi reso fidejussore, senza ricercare nel fare il pagamento la cessione delle azioni del creditore contro al debitor principale, egli e-

stingue con questo pagamento il debito del debitor principale, e non può più in seguito farsi cedere le azioni del creditore contro al debitor principale, le quali sono state estinte da questo pagamento: imperciocchè il suo debito non essendo solamente un debito dell'istessa cosa, ma essendo precisamente l'istesso debito di quello del debitor principale, a cui egli ha puramente acceduto, il fattone pagamento ha estinto il debito del debitor principale. (La surrogazione, come si è già osservato più volte, ha luogo in oggi di pien diritto. *Cod. civ. art.* 2029.)

Al contrario quando un *mandator pecuniae credendae*, per di cui ordine io ho prestata una certa somma ad un terzo, *puta*, a Pietro, mi rimborsa di questa somma; sebbene egli non abbia richiesta la cessione delle mie azioni contro di Pietro, il pagamento ch'egli m'ha fatto estingue soltanto la sua obbligazione, e non rimane estinta quella di Pietro; io rimango infatti creditore di Pietro, *ex causa mutui*, non ostante questo pagamento, non all'effetto di poter esigere a mio profitto la somma do-

vutami da Pietro *ex causa mutui*, essendone già stato pagato *ex causa mandati*; ma io ne rimango creditore all'effetto di poter cedere i diritti di questo credito al mio mandante quando me li ricercherà, come sono verso di lui obbligato, *obligatione mandati directa*. Questo è quello che c'insegna la legge 28, ff. *mand. Papinianus ait mandatorem debitoris solventem ipso jure rerum non liberare, propter enim mandatum suum solvit et suo nomine; ideoque mandatori actiones putat adversus rerum cedi debere;* sebbene non abbia richiesta questa cessione al tempo del pagamento.

Eccettuate queste differenze, i *mandatores pecuniae credendae* sono eguali alle sicurtà od ai fidejussori: sebbene infatti l'obbligazione *contraria mandati*, da essi contratta verso a colui che ha prestata a qualcuno una somma di denaro per loro ordine, non sia del tutto, come lo è una fidejussione, una pura accessione all'obbligazione del debitore a cui la somma è stata prestata per ordine loro; sebbene essa abbia *propriam causam*, nulladimeno essa è al pari di quella dei fidejussori accessoria al-

l'obbligazione di questo debitore, e da questa dipende: essa è valida solamente in quanto è valida l'obbligazione di questo debitore; i *mandatores*, al pari dei fidejussori, possono opporre tutte le eccezioni *in rem* che potrebbe opporre il debitore a cui fu prestata la cosa per loro ordine; L. 32, ff. *de fidej.* L'estinzione dell'obbligazione di questo debitore, avvenuta in qualunque si sia modo, o pel pagamento reale della somma prestata, o per compensazione, o per novazione, o per remissione, o per confusione, estingue l'obbligazione di questi *mandatores*, nel modo istesso come quella dei fidejussori. La novella 4, §. 1, ha loro accordato, al pari che ai fidejussori, il benefizio d'escussione. Tutto ciò pertanto che noi abbiamo detto intorno a questo benefizio, *supra sez.* 6, *art.* 2, s'applica egualmente ai *mandatores* come ai fidejussori.

Acciocchè alcuno sia riputato *mandator pecuniae credendae*, e responsabile per conseguenza verso di me della somma di denaro, ch'io ho prestata ad un terzo per di lui ordine, bisogna che ciò ch'egli mi ha

detto o scritto, rinchiuda un verso mandato, col quale m'abbia incaricato di prestare la somma a questa persona con intenzione d'indennizzarmene. Ma se in una conversazione, avendovi io detto che aveva una somma di mille scudi da impiegare nel costituire una rendita, voi m'abbiate risposto che Pietro cercava di prendere del denaro in questo modo, e che credevate buono l'impiegarlo presso di lui, queste parole non esprimono un mandato, ma un semplice consiglio che non vi fa contrarre obbligazione alcuna verso di me, secondo la regola di diritto: *Consilii non fraudulenti nulla est obligatio, nisi dolus intervenerit*; L. 47, ff. *de Reg. jur.*

Osservate però, che acciò un consiglio non obblighi colui che l'ha dato, bisogna ch'egli l'abbia dato in buona fede; ed è per questo che la legge aggiunge, *nisi dolus intervenerit*: imperciocchè se voi avevate cognizione della cattiva situazione degli affari di Pietro, quando m'avete consigliato di dargli il mio denaro, questo sarebbe dalla parte vostra un dolo, che v'obbligherebbe almeno nel foro della coscienza ad

indennizzarmi di ciò ch'io perdessi a cagione dell' insolvibilità di Pietro.

Voi potreste esserne tenuto anche nel foro esteriore, se avessi una prova molto evidente che voi ne avevate cognizione. Non bisogna parimenti prendere per un *mandatum credendae pecuniae* ciò che è una semplice raccomandazione. Se per esempio voi avete detto, *Pietro*, *nostro comune amico, ha bisogno che voi gli prestiate dieci doppie; io ve lo raccomando*: questo discorso non rinchiude un mandato, ma una semplice raccomandazione, la quale non è obbligatoria; L. 12, §. 12, ff. *mandat.*

La cosa sarebbe altrimenti, s' io v' avessi detto: *Pietro ha bisogno di dieci doppie; io non ho al presente il comodo di prestargliele, vi prego però di prestargli una tal somma in mia vece.* Questo è un vero mandato.

Acciocchè un *mandator pecuniae credendae* sia obbligato ad indennizzarvi del denaro che voi avete prestato ad un terzo per di lui ordine, bisogna che voi vi siate esattamente limitato entro ai termini del suo mandato; *diligenter enim fines mandati*

custodiendi sunt; L. 5, ff. *mand.* (*Cod. civ. art.* 1989.) Se voi adunque avete fatta una cosa diversa di quella indicata nel mio mandato; *puta*, se avendovi io ordinato di prestare una certa somma a Pietro, voi gliela avete data a titolo di costituzione di rendita; *aut vice versa*, se avendovi ordinato di dargliela a titolo di costituzione di rendita, voi gliela avete data a titolo di prestito, io non sarò in alcun modo obbligato verso di voi; imperciocchè un prestito ed una costituzione di rendita essendo cose diverse, non si può dire che voi abbiate fatto ciò ch' era indicato nel mio mandato.

Se io vi avessi ordinato di prestare una certa somma a Pietro, *puta*, cinquecento lire, e che voi gliene aveste prestate seicento, la somma di cinquecento lire indicate nel mio mandato essendo contenuta in quella di seicento che voi gli avete prestata, secondo la regola di diritto, *In eo quod plus sit, semper inest et minus*, L. 110, ff. *de reg. jur.*, si deve ritenere che voi avete fatto ciò ch'era indicato dal mio mandato, e che per conseguenza io sono verso

verso di voi obbligato *obbligatione mandati contraria* per Pietro sino alla concorrenza di questa somma di cinquecento lire. In quanto poi alle cento lire di più, avendo voi ecceduto i limiti del mio mandato, io non ne sono tenuto.

Vice versa, se voi aveste prestata a Pietro una somma minore di quella indicata nel mio mandato, io sarei obbligato verso di voi per Pietro; poichè voi avreste eseguito il mio mandato in parte.

Se voi aveste fatto ciò che veramente era indicato nel mio mandato, ma non l'aveste fatto nel modo che vi era prescritto, io non sarei in alcun modo obbligato verso di voi. Se per esempio l'ordine ch'io v'ho dato di prestare una certa somma a Pietro conteneva che voi doveste ritirare da lui degli effetti in pegno di questa somma, e che voi non gli abbiate ritirati; o se conteneva che voi lo faceste obbligare avanti notajo, onde acquistare un'ipoteca sopra ai suoi beni, e che voi vi siete accontentato d'una sua obbligazione privata; in tutti questi casi, ad altri simi-

li, io non sarei obbligato verso di voi, perchè voi non avete eseguito quello che si conteneva nell' ordine ch'io v'ho dato; L. 7, Cod. *de fidej.*

Contra vice versa, se io v'avessi ordinato di prestare a Pietro una certa somma, e di accontentarvi d' una semplice sua obbligazione privata, senza esigere da lui nè pegno, nè sicurtà, e che voi invece lo aveste fatto obbligare avanti notajo per la somma che gli avete prestata per mio ordine, e che aveste voluto da lui anche un pegno od una sicurtà, io non posso in questo caso lagnarmi che voi non vi siate limitato entro ai termini del mio mandato; imperciocchè voi avete fatto ciò che in esso si conteneva prestando a Pietro la somma ch'io v'avea ordinato di prestargli; ed in quanto al di più da voi fatto, io non posso lagnarmene, potendomi riescire soltanto vantaggioso.

Se io v'avessi ordinato di prestare una certa somma a Pietro puramente e semplicemente; e nel prestargliela voi gli aveste accordato un termine al pagamento, o la facoltà di pagare un'altra cosa invece di

questa somma, io non avrei contratta obbligazione alcuna verso di voi, poichè in accordargli ciò voi avete oltrepassati i limiti del mio mandato. Io mi sono obbligato, *obligatione mandati contraria*, a rimborsare la somma ch'io v'ordinai di prestargli, solamente in quanto voi foste stato in istato di cedermi, dopo ch'io v'avessi rimborsata una tal somma, azioni tali contro Pietro, colle quali io avessi potuto, ogni qual volta il volessi, esigere questa somma da Pietro, senza ch'egli potesse darmi qualche altra cosa in sua vece: voi pertanto essendovi posto, col termine e colle facoltà accordate a Pietro, fuori di stato di poter cedermi queste azioni, io non sono verso di voi tenuto in alcun modo pel prestito da voi fatto a Pietro.

Se al contrario io v'avessi ordinato di prestare a Pietro una certa somma, e di accordargli un certo termine, e che voi gliela aveste prestata senza accordargli termine alcuno, io sarei obbligato verso di voi per questa somma, ma senza che voi possiate esigerla da me prima dello spirare del termine contenuto nel mio mandato. Io

non posso infatti lagnarmi, perchè voi non abbiate accordato a Pietro il termine contenuto nel mio mandato; imperciocchè qualora voi non possiate esigere da me la somma prima dello spirare del termine, m' è indifferente che possiate esigerla prima dal debitor principale.

Articolo II.

Dell' obbligazione dei commettenti.

Noi vedremo intorno a questa materia, 1.° in qual senso i commettenti accedano alle obbligazioni dei contratti dei loro commessi, ed in che differiscano dagli altri debitori accessorj: 2.° in quali casi abbia luogo questa obbligazione dei commettenti. 3°. Noi parleremo dell'effetto di questa obbligazione; 4.° dell' obbligazione dei commettenti accessoria a quelle che nascono dai debiti dei loro commessi.

§. I.

In qual senso i committenti accedano alle obbligazioni dei contratti dei lóro commessi, ed in che differiscano dagli altri debitori accessorj.

448. Quando un negoziante ha commesso una casa di commercio, od il governo d'un vascello mercantile ad alcuno, ed egualmente quando gli appaltatori del re hanno commesso ad alcuno la direzione d'un uffizio; questo commesso s'obbliga come debitor principale, ed obbliga nel tempo istesso il suo commettente come debitore accessorio, in tutti gl' impegni da lui contratti, anche in suo proprio nome, per gli affari ai quali egli l'ha preposto: poichè si reputa che questo commettente, colla commissione che a lui ha data, abbia anticipatamente acconsentito a tutte le obbligazioni ch'egli contrarrebbe per tutti gli affari a cui l'ha preposto, e se ne sia reso responsabile.

Questi commettenti sono debitori acces-

sorj d'una specie diversa dei fidejussori e dei *mandatores pecuniae credendae*. Questi d'ordinario accedendo all' obbligazione del debitor principale, s' obbligano per l'interesse del principal debitore, piuttosto che pel proprio; mentre il committente al contrario, accedendo ai contratti de' suoi commessi fa l'interesse suo proprio, anzicchè quello di questi commessi. Se il commesso ne' suoi contratti, riguardo all' obbligazione ch'egli contrae, è riguardato come il debitor principale, ed il committente come un debitore accessorio, ciò accade solamente perchè il contratto si è stipulato col commesso: il committente che spesso non ha neppur cognizione del contratto, non fa che accedervi per un acconsentimento generale, che si reputa aver egli prestato da prima od ogni contratto che farebbe il suo commesso, dal momento che l'ha preposto a' suoi affari. Ma questi contratti fatti da commesso sono piuttosto affari del committente che suoi; ed invece che i fidejussori ed i *mandatores pecuniae credendae* devono essere indennizzati dal debitor principale delle obbligazioni da essi contratte, il

commettente al contrario deve indennizzare egli stesso il suo commesso.

§. II.

In qual caso siavi luogo all' obbligazione accessoria dei commettenti.

449. Acciocchè siavi luogo a questa obbligazione accessoria dei commettenti, bisogna che il commesso abbia contrattato in suo proprio nome, sebbene ciò abbia fatto per gli affari del commettente; ma quand'egli contratta nella qualità d'agente o di procuratore del suo commettente, non è più lui quello che contratta, ma è il suo commettente che contratta pel di lui ministero; *supra*, *n.* 74: il commesso in questo caso non s'obbliga, ma è il commettente solo che pel ministero del suo commesso contrae un' obbligazione principale.

Quando il commesso contratta in suo proprio nome, acciocchè egli obblighi il suo commettente, bisogna che il contratto concerna gli affari a cui è stato preposto, e che questo

non abbia ecceduto i limiti della sua commissione; L. 1, §. 7 e 12, *de exerc. act.*

Tali sono i contratti di vendita e di compera di mercanzie, che fa un proposto ad una casa di commercio, tali le compere che fa un capitano preposto alla condotta d'un vascello mercantile delle cose necessarie onde equipaggiare o racconciare questo vascello istesso, ec.

I denari presi a prestito da un commesso si reputano parimenti presi per gli affari a cui è stato preposto, ed obbligano per conseguenza il commettente, quando il contratto di prestito contiene una dichiarazione della causa per la quale il prestito è stato fatto, e che questa causa concerne effettivamente gli affari a cui quello che li riceve è stato preposto.

Se per esempio un preposto alla condotta d'un vascello mercantile, dopo aver sofferto una tempesta od un combattimento che ha molto maltrattato il suo vascello, approda ad un porto e prende a prestito una somma di denaro, con dichiarazione che ciò è a fine di racconciare il vascello, il negoziante che l'ha preposto sarà obbligato per un tal prestito.

Si decide che il commettente è in questo caso obbligatto egualmente, quand'anche il commesso avesse involati i denari, e non ne avesse fatto l'impiego indicato, purchè la dichiarazione fatta nel contratto di prestito sia verosimile, e la somma prestata non ecceda di molto ciò ch' era necessario per l' affare in cui s' è indicato che doveva impiegarsi; L. 1, §. 8 e 9; L. 7. *princip.* e §. 2, ff. *de exerc. act.*

I commessi obbligano i loro commettenti sintantocchè dura la loro commissione; e si reputa ch' essa duri sempre, fino che non sia stata rivocata, e che la rivocazione sia stata conosciuta dal pubblico.

Sebbene regolarmente ogni mandato finisca colla morte del mandante, nulladimeno per l' utilità del commercio si è stabilito che la commissione di queste persone durasse anche dopo la morte del negoziante che le ha preposte, sino a che siano rivocate dall' erede o da altri successori; e contrattando per gli affari a cui essi sono preposti, obbligano l' erede del negoziante che gli ha proposti, o la sua successione vacante s'egli non ne ha lasciato alcuno; L. 17, §. 2 e 3; 11, ff, *instit. act.*

Per l'istessa ragione, il commesso alla direzione d'un uffizio di finanza obbliga i successori dell'appaltatore che l'hanno preposto sintantocchè non è rivocato.

§. III.

Dell' effetto delle obbligazioni accessorie dei commettenti.

450. Questa obbligazione s'estende a tutto ciò che rinchiude l'obbligazione del commesso: essa da questa dipende nel modo istesso in cui tutte le obbligazioni accessorie dipendono dall'obbligazione principale alla quale accedono; per cui s'estingue allo estinguersi di quella del commesso o per pagamento o per novazione, L. 13, §. 1, ff. *de inst. act*, o per qualunque altro siasi modo. Il commettente può opporre tutte le eccezioni *in rem*, e tutti i motivi d'inammissibilità che potrebbe opporre il commesso. Egli non può opporre il vizio dell'obbligazione del suo commesso il quale nascesse da qualche incapacità personale di questo commesso; poichè il

commettente non può contraddire al fatto proprio ed alla propria scelta; per lo che sebbene un impubere contrattando non s'obblighi validamente, *ne quidem naturaliter* (1) se non *quatenus locupletior factus est*, e che per conseguenza non possano intervenire (2) fidejussori per lui; nulla di meno quando un mercante ha preposto al suo commercio un impubere, è tenuto, *institoria actione*, alle obbligazioni nascenti dai contratti fatti da questo impubere,

---

(1) La legge 59, ff. *de obl. et act.*, lo dice formalmente. Io so nulladimeno che la questione è controversa. Noi abbiamo seguita l' opinione di Cujaccio. Vedete *in Pand. Justin* uno scolio dopo il n. 17 del titolo *de obl. et act.*, ove noi abbiamo riportato molto lungamente le ragioni sulle quali è fondato questo sentimento, e le obbiezioni che vi si fanno. Per obbligazione naturale noi intendiamo quella che nel foro esteriore è riconoscita come tale, ed a *juris effectus*; poichè noi non contrastiamo che un' impubere *pubertati proximus*, se intende sufficientemente ciò che fa, può obbligarsi nel foro della coscienza.

(2) Cujaccio dice, che la legge 127, ff. *de verb. obligat.* la quale afferma il contrario, deve intendersi nel caso in cui l'impubere abbia approfittato del contratto.

senza poter opporre il difetto d'età di colui che gli ha fatti: *Pupillus institor obligat eum qui eum praeposuit, institoria actione; quoniam sibi imputare debet qui eum praeposuit*; L. 7, §. fin. ff. *de inst. act.*

451. Relativamente all' esecuzione dell' azione *institoria*, nascente dall'obbligazione accessoria dei commettenti, avvi qualche differenza da osservare tra questi ed i fidejussori.

Quando varj negozianti o varj appaltatori del principe hanno commesso a qualcuno il loro commercio, la condotta del loro vascello, o la direzione d'un uffizio, sono solidariamente tenuti alle obbligazioni del loro commesso: L. 1, §. fin. e L. 2, ff. *de exerc. act.*; e non hanno fra di essi il benefizio di divisione accordato ai fidejussori. Questo deve molto più aver luogo fra noi, in quanto, secondo la nostra giurisprudenza, i socj sono tenuti solidariamente a tutte le obbligazioni relative alla loro società.

I fidejussori, ed anche i *mandatores pecuniae credendae*, hanno il benefizio

d'escussione loro accordato dalla novella di Giustiniano, e di cui noi abbiamo trattato *supra*, *sez.* 6, *art.* 2; perchè essi hanno contratta la loro obbligazione piuttosto per l'interesse del debitor principale, che pel loro proprio: ma l'obbligazione contratta da un commettente *ex contractu institoris*, essendo un' obbligazione che questo commettente contrae pei suoi proprj interessi, egli non ha il benefizio d'escussione, quand'anche avesse già indennizzato il suo commesso, e gli avesse rimesse le somme di denaro necessarie al pagamento; ma il creditore deve in questo caso, se n'è richiesto al tempo del pagamento, accordargli la cessione delle sue azioni.

L'ordinanza della marina, *tit.* 8, *art.* 2, accorda un benefizio particolare agli armatori; questo è quello di poter liberarsi dalle obbligazioni contratte dal capitano a cui hanno commessa la condotta del loro vascello, abbandonando ai creditori il bastimento ed il nolo. (1)

(1) Tutto ciò che nella prima edizione era com-

§. IV.

Dell'obbligazione accessoria dei committenti nascente dal delitto dei loro commessi.

453. I commessi obbligano i loro committenti non solamente col contrattare. Qualunque ha preposto alcuno ad una qualche funzione è responsabile dei delitti e quasi delitti commessi da questo nell' esercizio delle funzioni, a cui era preposto; l. 5, §. 8, ff. *de instit. act.*; e se varj sono quelli che l' hanno preposto, tutti ne sono solidariamente tenuti senza alcun benefizio di divisione o d' escussione. (*Codice civ. art.* 1384). Se per esempio un commesso ai sussidj esercitando le sue funzioni presso ad un locandiere lo ha maltrattato, o gli ha cagionato qualche danno ne' suoi effetti, gli appaltatori del principe che l'hanno preposto sono responsabili di que-

---

preso nel numero 452, nell' edizione presente è stato portato al principio di questo paragrafo; noi abbiamo perciò levato un tal numero.

sto delitto, ed obbligati al pagamento dei danni ed interessi a cui il loro commesso verrà condannato, salvo il loro regresso contro di lui, perchè questi ha commesso il delitto nell' esercizio delle sue funzioni. Se il commesso invece avesse maltrattato o rubato ad alcuno fuori dell' esercizio delle sue funzioni, i committenti non ne sarebbero tenuti.

Questa obbligazione dei commettenti è un' obbligazione accessoria all' obbligazion principale di quello che hanno preposto, e che ha commesso il delitto.

Essa s' estende a tutto ciò che l' obbligazione principale rinchiude relativamente ai danni ed interessi dovuti a colui contro al quale il delitto è stato commesso; ma il commettente ne è tenuto soltanto civilmente, sebbene chi ha commesso il delitto si possa costringere al pagamento anche col mezzo dell' arresto personale. I commettenti non possono opporre contro all' azione che ne nasce nè il benefizio di divisione, nè quello d' escussione; essi possono solamente ricercare, pagando, la cessione delle azioni del creditore.

§. V.

Dei padri di famiglia e dei padroni.

454. Un'altra specie d'obbligazione accessoria è quella dei padri di famiglia, i quali sono responsabili dei delitti dei loro figli minori e delle loro mogli quando non li hanno impediti, avendo avuto il potere di farlo. (*Cod. civ. art.* 1384).

Si presume che abbiano potuto impedire il delitto quando fu commesso in loro presenza. Quando fu commesso in loro assenza, bisogna giudicare secondo le circostanze se il padre abbia potuto impedire il delitto. Se per esempio un figlio ha avuta una lite con un suo compagno, e l'ha ferito con un colpo di spada, sebbene ciò sia accaduto fuori della presenza di suo padre, pure questo può esser tenuto ad un tale delitto, come colui che avrebbe potuto impedirlo, col non permettere a suo figlio di portare la spada, specialmente se costui era naturalmente litigioso.

455. Quello che noi abbiamo detto dei

padri, s'applica anche alle madri, quando dopo la morte del marito hanno i figli nella loro podestà. Ciò può applicarsi egualmente ai precettori, pedagoghi, ed a tutti quelli che hanno dei figli sotto alla loro direzione.

456. I padroni sono parimenti tenuti ai delitti dei loro servitori, quando non li hanno impediti avendo potuto farlo. (*Cod. civ. art.* 1384).

Essi sono pure tenuti anche a quelli che non hanno potuto impedire, quando i servitori gli hanno commessi nell'esercizio delle funzioni alle quali erano preposti. Se per esempio il vostro cocchiere guidando la vostra carrozza ha per brutalità o per imperizia cagionato qualche danno, voi ne siete civilmente responsabile, salvo il vostro regresso contro di lui che vi è il debitor principale.

I padri ed i padroni non sono tenuti alle obbligazioni assunte dai loro figli contrattando, a meno che non sia giustificato ch' essi gli avevano preposti a qualche amministrazione, colla quale hanno rapporto

queste obbligazioni contratte dai loro figli o servitori.

Se per esempio fosse giustificato che io usava di pagare ai mercanti ciò che essi fornivano a mia figlia od alla mia serva per la provvista della mia casa, potrà giustamente un mercante chiedermi il pagamento di ciò che la detta mia figlia o la detta mia serva avesse da lui comprato a mio nome, quando io non provassi d'averlo avvertito di non fornirgli più cosa alcuna, o quando ciò che egli ha fornito non eccedesse di molto il bisognevole per la provvista della mia casa. Se il negoziante manca di provare questo mio uso, io devo essere assolto dalla sua domanda, affermando che quando io ho inviata mia figlia o la mia serva a comprare le provvisioni, gli ho dato il denaro per pagarle; *decreto del giornale delle Udienze*, *tom.* 5.

SEZIONE IX. ED ULTIMA.

AGGIUNTA IN QUESTA NUOVA EDIZIONE (1).

Del patto constitutae pecuniae.

Si è ommesso nella prima edizione di quest'Opera di parlare del patto *constitutae pecuniae*, e dell'obbligazione che ne nasce la quale in certo modo è una specie d'obbligazione accessoria, poichè essa è aggiunta ad una prima obbligazione, ed è contratta soltanto per vieppiù rinforzarla: noi diremo su di un tale soggetto qualche cosa in questo luogo.

1. Il patto *constitutae pecuniae* presso ai Romani era una convenzione colla quale alcuno assegnava ad un creditore un certo giorno od un certo tempo, entro al quale prometteva di pagarlo; *diem solvendae pecuniae constituebat.* Questo è quello che

---

(1) Noi abbiamo numerata questa sezione separatamente, affinchè i numeri degli altri volumi, si trovino conformi alla prima edizione.

risulta dalle parole dell' editto *de constituta pecunia*.

La parola *pecunia* in questo editto, come nelle leggi delle dodici tavole, e negli altri editti dei pretori, si prende per tutte le cose tanto corporali quanto incorporali, che compongono i beni dei particolari, e che possono essere l'oggetto delle obbligazioni: *Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli, quam mobilis, et tam corpora quam jura, continentur*; l. 222, ff. *de verb: signif. Pecuniae appellatione rem significari Proculus ait*; l. 4, ff. *d. tit.*

Secondo gli usi nostri il patto *constitutae pecuniae* può definirsi semplicemente una convenzione colla quale alcuno promette ad un creditore di pagarlo.

2. Si può fare questa promessa o al suo proprio creditore, o al creditore di un altro.

Quando alcuno con questo patto promette al suo proprio creditore di pagarlo, nasce una nuova obbligazione, la quale non distrugge la prima a cui era di già tenuto, ma che vi accede; e con questa moltiplicazione d' obbligazioni il creditore si trova più sicuro.

In questo il diritto di un credito personale è diverso dal diritto di dominio e di proprietà. Allorchè io ho, in virtù di qualche titolo, il dominio e la piena proprietà d' una certa cosa, io non posso più acquistare questo dominio in virtù d' alcun altro titolo. *Dominium non potest nisi ex una causa contingere*; l. 3, §. 4, ff. *de acq. poss.*

Al contrario sebbene io sia di già creditore d' una cosa in virtù d' un titolo, posso ancora in seguito divenir creditore dell' istessa cosa, o verso allo stesso debitore, il quale si obblighi di nuovo a darmela, o verso ad altri debitori.

Paolo nella legge 159, ff. *de Reg. jur.* osserva questa differenza tra il diritto di dominio ed il diritto di un credito personale: *Non, ut ex pluribus causis idem nobis deberi potest, ita ex pluribus causis idem potest nostrum esse.*

3. A che, dirà taluno, può esser utile al creditore la nuova obbligazione contratta dal suo debitore verso di lui col patto *constitutae pecuniae*? Essa gli è utile nell' uno e nell' altro foro. Riguardo a ciò infatti che

concerne il foro interno, più che le obbligazioni del debitore sono moltiplicate, più sarebbe la sua infedeltà nel non soddisfarle; e per conseguenza è molto maggiore il diritto del creditore d' attenderne l'esecuzione. Riguardo al foro esterno essa era utile quando l'obbligazione del debitore, che avea promesso con questo patto al suo creditore di pagarlo, era un' obbligazione puramente naturale, come erano fra' Romani tutte quelle, che erano soltanto formate da un semplice patto, non rivestito della stipulazione; egli è infatti evidente in questo caso, che l' obbligazione contratta dal debitore col patto *constitutae pecuniae*, era utilissima al creditore, poichè gli dava un' azione che la prima non gli avea dato Il maggior grado d' infedeltà, che è necessario onde mancare ad obbligazioni reiterate, aveva indotto il pretore a dare un' azione contro al debitore, onde costringerlo ad adempire all' obbligazione nascente da questo patto: *quoniam grave est fidem fallere*; l. 1, ff. *de pec const.*

Quando l' obbligazione del debitore, che con questo patto aveva promesso al suo cre-

ditore di pagarlo, era un'obbligazione civile la quale gli dava un' azione, l'obbligazione e l'azione nascente da questo patto non gli era per verità necessaria: il patto però non era inutile, e sembra che si usasse di interporlo riguardo alle obbligazioni civili, come riguardo alle obbligazioni naturali: *Debitum ex quacumque causa constitui potest, ex quocumque contractu, etc.* L. 1, §. 6 *et seq.*, *de const. pec.* Questo patto serviva specialmente a determinare il tempo entro al quale il pagamento doveva farsi, quando ciò non si era spiegato nel contratto; ed una tale determinazione serviva secondo i principj del diritto romano a costituire in mora il debitore di pieno diritto, e pel solo decorso di questo tempo, quando non avesse soddisfatto alla sua obbligazione, mentre invece quando non si era determinato alcun tempo, il debitore non poteva esser costituito in mora, che colla contestazione della lite.

4. Anche nel caso in cui il creditore non avesse avuto bisogno del patto *constitutae pecuniae* onde fissare il tempo del pagamento, perchè questo trovavasi di già fis-

sato e determinato nel contratto, Ulpiano decide, che il patto può ancora avere qualche utilità. *Si is qui et jure civili et Praetorio debebat, in diem sit obligatus, an constituendo teneatur.... habet utilitatem, ut ex die obligatus constituendo se eadem diem soluturum tenentur*; l. 3, §. 2, ff. *d. tit.*

Onde comprendere in che potesse consistere questa utilità bisogna rimarcare, che secondo i principj dell' antico diritto romano le azioni dipendevano da formole imbarazzanti, la menoma inosservanza delle quali faceva decadere il creditore dal suo diritto d' agire. Era utile per conseguenza l' avere varie azioni pel credito d' una stessa cosa, affinchè se per difetto di forma si veniva a decadere da una, si potesse ricorrere all' altra; per cui, sebbene l' obbligazione fosse un' obbligazione civile la quale dasse un' azione al creditore, il patto *constitutae pecuniae* che gli dava un' azion nuova non era del tutto inutile.

5. I patti *constitutae pecuniae* che avevano per oggetto di determinare un certo giorno od un certo tempo in cui qualcuno si obbligava verso ad un creditore di pagargli ciò

che gli era dovuto, non sono molto in uso tra noi; poichè questa determinazione di tempo entro al quale deve farsi il pagamento, e che secondo i principj del diritto romano era utile al creditore onde costituire più facilmente in mora il debitore, secondo i principj del nostro diritto francese non è ordinariamente d'utilità alcuna al creditore; secondo i principj del nostro diritto francese infatti, e quando sia fissato un termine al pagamento, e quando non lo sia, il debitore non può essere costituito in mora che con un' interpellanza giudiziale, cioè con un atto di citazione; o quando esista un titolo esecutivo di credito, con un' intimazione.

Noi abbiamo nulladimeno tra noi delle convenzioni che possono chiamarsi egualmente patti *constitutae pecuniae*, colle quali si promette ad un creditore di pagargli ciò che gli è dovuto. Tali sono quelle con cui gli eredi d'un debitore danno un nuovo titolo al creditore, e s'obbligano di pagargli ciò ch' essi gli devono nella loro qualità di eredi. La nuova obbligazione che ne risulta e che è aggiunta a quella contratta dal de-

funto a cui gli eredi sono succeduti, è utile al creditore, poichè gli dà il diritto d'esecuzione che più non gli era dato da quella contratta dal defunto. (Il titolo esecutorio contro al defunto, è esecutorio contro all'erede. *Cod. civ. art.* 877. Tutta questa discussione è poco applicabile alla nostra giurisprudenza, i di cui principj sono molto più semplici di quelli della giurisprudenza romana.)

Noi vedremo relativamente a questo patto, 1.° ciò ch'è necessario per la sua validità; 2.° s'egli rinchiude necessariamente un termine, entro al quale il pagamento debba farsi; 3.° se con questo patto si puo obbligarsi a più, o ad altra cosa, o diversamente da ciò che portava la prima obbligazione; 4.° quale sia la natura dell'obbligazione che nasce da questo patto. Noi diremo qualche cosa nel quinto paragrafo relativamente al patto, con cui si promette ad un creditore di dargli certe cauzioni.

§. I.

Di ciò che è necessario per la validità del patto constitutae pecuniae.

6. Risulta dalla definizione da noi data del patto *constitutae pecuniae*, ch' egli suppone la preesistenza d' un debito che si promette di pagare a colui che ne è il creditore. Se per errore adunque io ho convenuto con voi di pagarvi una certa somma che credevo esservi dovuta da me o da un altro; essendosi in seguito scoperto l'errore, voi non potete esigerne il pagamento essendo nullo il patto per mancanza dell' esistenza d' un debito che ne fosse il fondamento: *hactenus constitutum valebit, si quod constituitur debitum sit.*; L. 11, ff. *de const. pec.* (*Cod. civ. art.* 1376).

Quid se io v'ho promesso di pagarvi una somma, della quale dichiarai d' esservi debitore, sebbene sapessi in quel momento di non dovervi cosa alcuna? Questa convenzione non può esser valida come patto

constitutae pecuniae, per mancanza d' un debito che ne sia il fondamento: essa in questo caso rinchiude una donazione che io ho voluto farvi, e non può esser valida per conseguenza se non è rivestita delle formalità richieste dalla legge civile per la validità delle donazioni.

7. Quando il debito di cui si ha promesso il pagamento col patto *constitutae pecuniae* fosse sospeso da una condizione, sotto alla quale fosse stato contratto, e che non fosse ancora adempita, sebbene in questo caso non vi sarebbe ancora un debito, pure il patto sarebbe valido, quando in seguito la condizione venisse a verificarsi; imperciocchè avendo le condizioni, quando si sono verificate, un effetto retroattivo al tempo del contratto, si riputarebbe che il debito sia esistito dal tempo in cui è stato contratto, e per conseguenza dal tempo del patto *constitutae pecuniae*, il quale è intervenuto soltanto dopo; L. 19, ff. *d. tit.* (*Cod. civ. art.* 1179).

Ma se la condizione viene a mancare il patto non sarà valido; egli rinchiude necessariamente la condizione sotto alla quale

il debito era dovuto, sebbene le parti non l' abbiano spiegato.

Quid, se io avessi promesso espressamente di pagare anche nel caso in cui la condizione venisse a mancare? La promessa di pagare in questo caso non può valere come patto *constitutae pecuniae*, per mancanza d'un debito che gli serva di fondamento; essa rinchiude nel caso di mancanza della condizione una donazione, la quale può esser valida soltanto quando l'atto sia rivestito delle formalità delle donazioni tra vivi.

8. Nulla importa il modo qualunque siasi in cui è dovuto ciò che si promette di pagare col patto *constitutae pecuniae*; imperciocchè qualunque siasi il modo in cui vi è dovuto ciò ch'io prometto di pagarvi, foss'anche soltanto per un'obbligazione puramente naturale, non è mai una donazione ch'io vi faccia, ma è un pagamento ch' io prometto di farvi, ed è per conseguenza il vero caso del patto *constitutae pecuniae.*

Quid, se il debito fosse di quelli espressamente riprovati dalle leggi civili? Il patto

constitutae pecuniae, col quale qualcuno si fosse obbligato a pagarlo sarebbe valido? Io credo, che se questo debito fosse riprovato dalla legge civile non per un vizio della causa da cui è nato, ma per un' incapacità della persona che l'ha contratto, alla quale la legge civile proibisce di contrattare, e che questa incapacità non sussistesse più al tempo del patto, questo non lascierebbe d'esser valido.

Quando per esempio una donna essendo sotto alla potestà del marito ha presa a prestito una somma di denaro, che non ha rivolta in suo profitto, io credo ch'essendo divenuta vedova, essa possa validamente obbligarsi con questo patto a pagarla; poichè sebbene questo debito sia riprovato dalla legge civile, la quale lo dichiara nullo, basta che sia dovuto nel foro della coscienza, acciochè il pagamento che ne venisse fatto da questa donna fosse un vero pagamento, e non una donazione. D'onde ne segue, che la convenzione con cui essa ha promesso di pagarlo non rinchiude una donazione, ma una promessa di pagamento; e per conseguenza è un vero patto *constitu-*

tae pecuniae che questa donna ha potuto fare validamente, poichè era allora libera e capace d'obbligarsi. Si opporrà, che noi abbiamo deciso *supra n.* 396, che questa obbligazione non può servire di fondamento ad una fidejussione; onde si dirà, che essa non può per la ragione istessa servire di fondamento al patto *constitutae pecuniae.*

Io rispondo ad una tale obbiezione, che avvi una gran differenza tra l'una e l'altro. Una fidejussione non è che una semplice adesione all'obbligazione del debitor principale; l'obbligazione d'una fidejussione non può sussistere solo per se stessa; bisogna che esista un'obbligazione principale di cui essa sia l'accessorio. Ora un'obbligazione riprovata, e dichiarata assolutamente nulla dalla legge civile non è suscettibile d'accessorj, e non può per conseguenza servire di soggetto ad una fidejussione. Il diritto ch'io acquisto contro di voi, quando vi rendete fidejussore verso di me per qualcuno, essendo soltanto un'estensione di quel diritto ch'io ho contro colui a cui avete fatta sicurtà; se io non ne ho alcuno contro di lui, perchè la legge dichiara as-

solutamente nulla la sua obbligazione, io non ne posso avere parimenti alcuno contro di voi. Ma non è lo stesso del patto *constitutae pecuniae*. Se si dice, che l'obbligazione che nasce è accessoria all'obbligazione principale che si obbliga di soddisfare, se lo dice soltanto in questo senso, ch'essa è aggiunta all'obbligazion principale, ma non se lo dice nello stesso senso quando si parla d'una fidejussione. Questa non è un'obbligazione che sia soltanto una semplice adesione all'obbligazion principale come lo è una fidejussione; ma è un'obbligazione che sussiste per se stessa *propriis viribus*, e qualche volta anche dopo che l'obbligazion principale ha cessato d'esistere, come noi lo vedremo *infra* per la legge 18, §. 1, ff. *d. tit.*

(La fidejussione sarebbe ammessa in oggi per l'obbligazione d'una donna, poichè quest'obbligazione non è più nulla di pien diritto, come lo era altre volte. L'atto che essa facesse in istato di vedovanza, onde confermare quello che avesse rilasciato durante il matrimonio, senza l'autorizzazione del

del marito o del giudice, ne sarebbe una rattificazione.

Se è nell'essenza del patto *constitutae pecuniae* la precsistenza d'un debito, ciò nasce soltanto perchè deve aver per oggetto un pagamento, altrimenti rinchiuderebbe una donazione. Ora acciocchè questo patto non rinchiuda una donazione, ed abbia per oggetto un pagamento, basta che il debito che si promette di pagare con questo patto, sia dovuto almeno nel foro della coscienza e che esista per conseguenza un giusto motivo di farne il pagamento, sebbene sia dichiarato nullo dalla legge civile riguardo al foro esterno.

9. Osservate però che acciò sia valido il patto *constitutae pecuniae*, col quale si promise di pagare alcuno di questi debiti riprovati e dichiarati nulli dalla legge civile, bisogna che questo debito non sia riprovato per un vizio della causa da cui è nato, ma soltanto per una incapacità civile di contrarlo nella persona che l'ha contratto, e che una tale incapacità più non sussista in questa persona al tempo del patto con cui promette di pagarlo; com'è l'esempio

da noi qui sopra riportato. Ma se il debito che si promise di pagare col patto *constitutae pecuniae*, fosse un debito che la legge civile riprova per un vizio della causa da cui è nato; *puta*, se fosse un debito per spese fatte da un domiciliato in un' osteria, sebbene sia dovuto nel foro della coscienza, e sebbene sarebbe valido il pagamento che ne venisse fatto, nulladimeno il patto col quale si promettesse all'oste di pagarlo non sarebbe valido, ed egli non sarebbe ammesso a domandarne il pagamento. La ragione si è, che sussiste sempre il vizio della causa di questo debito; sia infatti che l'oste ne domandi il pagamento in virtù della prima obbligazione contratta da colui che ha fatto delle spese nella sua osteria, sia che lo dimandi in virtù di questo patto, è sempre la dimanda d'un debito di osteria che non è ammessa in giudizio.

10. Quando il debito non è debito che secondo la sottigliezza del diritto, come sarebbe quello risultante da una promessa che voi m'aveste estorta senza causa e con violenza, alla quale io non sarei tenuto nè

nel foro esteriore a motivo dell'eccezione con cui posso difendermi, nè nel foro della coscienza, un tal debito non potrebbe servire di fondamento al patto *constitutae pecuniae. Si quis constituerit quod jure civili debebat, jure praetorio non debebat id est, per exceptionem an constituendo teneatur? Et est verum non teneri, quia debita juribus* (1) *non est pecunia quae constituta est;* leg. 3, §. 1, ff. *pec. const.* La ragione si è, ch' essendo nell' essenza del patto *constitutae pecuniae* di aver per oggetto il pagamento di un debito, un debito di cui non si può fare un valido pagamento non può servire di fondamento a questo patto; imperciocchè o il pagamento è fatto per errore, e non è valido perchè avvi luogo alla ripetizione della cosa pagata, leg. 26, §. 3, ff. *de cond. ind.*, o il pagamento è fatto con cognizione del vizio del debito, ed in questo caso è piuttosto una donazione che un pagamento secondo la regola: *Cujus per errorem dati conditio est, ejus*

---

(1) *Id est, ne jure naturali, nec quoad effectum jure civili propter exceptionem.*

per errorem dati donatio est; leg. 53, ff. *de R. J.* Ora una donazione non può essere l'oggetto del patto *constitutae pecuniae*, potendo esserlo soltanto il pagamento d'un debito.

11. E' per verità necessario, come noi l'abbiamo veduto sin' ora, acciocchè il patto *constitutae pecuniae* sia valido, che al tempo in cui si fa questo patto esista un debito che col patto istesso si prometta di pagare. Ma l' esistenza della cosa, che si promette di pagare con questo patto, non è parimenti sempre necessaria, poichè se questa cosa fosse perita per fatto o per colpa di colui che ne era debitore, o dopo ch'era costituito in mora, la cosa continuerebbe in questo caso ad esser dovuta, sebbene avesse cessato d'esistere, come noi lo vedremo *infra*, *part.* 3, *cap.* 6, *art.* 3; lo che basta perchè il patto *constitutae pecuniae*, con cui si promette di pagare questa cosa, sebbene non esista più al momento del patto, sia valido, ed obblighi colui che ha fatta la promessa a pagare il prezzo di questa cosa. Questo è quello che decide Giuliano: *Promissor hominis, homine mortuo quum per eum staret quominus trade-*

retur, si hominem daturum se constituerit; de constituta pecunia tenebitur ut pretium ejus solvat; leg. 23, ff. *d. tit.*

12. Purchè al tempo del patto esista un debito, il pagamento del quale ne formi l'oggetto, nulla importa per la validità del patto istesso, che sia il debitore colui che promette di pagarlo, o che sia un'altra persona la quale prometta di pagarlo per lui; *Et quod ego debeo, tu constituendo teneberis*; leg. 5, §. 2, *d. tit.*

Non è neppure necessario l'intervento del consenso del debitore, quando un altro s'obbliga con questo patto di pagare per lui ciò ch'egli deve; anzi si potrebbe fare questo patto anche suo malgrado; imperciocchè in quella maniera in cui si può pagare per qualcuno senza il suo consenso ed anche suo malgrado, *leg.* 52, *de solut.*, si può egualmente obbligarsi di pagare per qualcuno senza il suo consenso ed anche suo malgrado. Questo è quello che insegna Ulpiano: *Utrum praesente debitore an absente constituat quis parvi refert: Hoc amplius etiam invito . . . . unde falsam putat opinionem Labeonis existimantis, si post-*

quam quis constituit pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat exceptionem dandam: Nec immerito; nam cum semel sit obligatus qui constituit factum debitoris non debet eum excusare; leg. 27, ff *d. tit.*

Io posso bensì col patto *constitutae pecuniae* promettere di pagare ciò che è dovuto da un altro; ma bisogna perchè il patto sia valido ch' io prometta di pagarlo, come cosa dovuta da colui che ne è effettivamente debitore; se io promettessi di pagarlo credendomene debitore io stesso, il patto non sarebbe valido qualora io non fossi debitore; leg. 11, ff. *de tit.*

13. Nell'istessa guisa che è valido un pagamento, non solamente quand' è fatto al creditore, ma anche quando è fatto ad un altro per suo ordine o col suo consenso, egualmente è valido questo patto e quando si promette di pagarlo all' istesso creditore, e quando si promette di pagarlo ad un altro, purchè ciò sia col suo consenso. In questo modo bisogna intendere il detto d'Ulpiano: *Quod constituitur in rem exacum est, non utique ut is cui constituitur creditor sit; nam quod tibi debetur si mihi*

constituatur debetur; leg. 5, §. 2; purchè, come abbiamo detto, ciò avvenga col consenso del creditore. Ma se si promettesse di pagare ad un altro che non fosse il creditore senza il consenso di questo, il patto non sarebbe valido quand'anche si promettesse di pagare a colui al quale si avrebbe potuto pagare validamente: *Titio stipuler; Titio constitui suo nomine.* Questo è quello che insegna Ulpiano: *Si mihi aut non posse Julianus ait; quia non habet petitionem, tametsi ei solvi possit*; leg. 7, §. 1, ff. *d. tit.*

§. II.

Se il patto constitutae pecuniae *rinchiude necessariamente un termine entro al quale si promette di pagare.*

14. Presso ai romani, come noi l'abbiamo di già osservato qui sopra, il patto *constitutae pecuniae* rinchiudeva ordinariamente un certo giorno od un certo tempo entro al quale si prometteva di pagare. Questa parola *constitutum* parve rinchiudere tal-

mente l'idea di un termine al pagamento, che si dubitò se il patto *constitutae pecuniae* potesse esser valido quando non vi fosse espresso alcun termine. Questo è quello che ci viene insegnato da Ulpiano, il quale pensa però che il patto in questo caso non lascia d'esser valido, ma che vi si deve sottintendere un termine almeno di otto giorni; leg. 21, §. 1, ff. *d. tit.*

Questa decisione, a mio credere, deve aver luogo soltanto nel caso in cui le parti non si siano spiegate relativamente al tempo del pagamento, tanto nel contratto da cui il debito è nato, quanto nel patto *constitutae pecuniae*, col quale il debitore si è obbligato di pagarlo; ma se nel contratto si fosse espresso il tempo entro al quale si dovea fare il pagamento, io credo che debba presumersi che le parti, non essendosi spiegate su di ciò nel patto *constitutae pecuniae*, avessero stabilito l'istesso tempo di già fissato nel contratto.

Questo principio del diritto romano che il patto *constitutae pecuniae* debba sempre contenere un certo termine espresso o tacito, entro al quale dovrà effettuarsi il pa-

gamento che si promette di fare, non ha luogo fra noi, secondo quello che abbiamo osservato al principio di questa sezione.

§. III.

Se si possa col patto constitutae pecuniae *obbligarsi a più di quello che è dovuto, o ad una cosa diversa da quella che è dovuta, ed obbligarvisi in un modo differente.*

15. Non è necessario per la validità del patto *constitutae pecuniae* che si prometta con questo patto di pagare precisamente l'istessa somma di quella che è dovuta; ma questa può esser anche una somma minore: *Si quis viginti debens decem constituit se soluturum tenebitur*, leg. 13, ff. *de pec. const.* Osservate che in questo caso sebbene il debitore non sia tenuto *ex pacto constitutae pecuniae* che *in decem*, non lascia però di restar debitore dell' intiera somma *ex pristina obligatione*, poichè il patto *constitutae pecuniae* non distrugge la prima obbligazione, ma soltanto vi accede.

16. Si può bensì promettere validamente col patto *constitutae pecuniae* di pagare una somma minore di quella che è dovuta; ma non si può validamente promettere una somma maggiore; e qualora ciò si facesse, il patto sarebbe valido soltanto sino alla concorrenza della somma dovuta; v. g. *Si quis centum aureos debens ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur*; leg. 11, §. 1, ff. *d. tit.*

La ragione si è che ciò che venisse dato oltre alla somma dovuta, non sarebbe un pagamento ma una donazione; ora, come noi l'abbiamo di già detto più volte, il patto *constitutae pecuniae* può esser valido soltanto come promessa di pagare e non come donazione.

Per l'istessa ragione se qualcuno avesse promesso con questo patto di pagare un altra cosa oltre alla somma da lui dovuta, il patto sarebbe valido soltanto per la somma: *Si decem debeantur et decem et Stichum constituat, potest dici decem tantummodo nomine teneris*; leg. 12.

17. Non è però necessario per la validità del patto *constitutae pecuniae*, che uno si

obblighi a pagare precisamente la cosa istessa che è dovuta; si può promettere validamente di pagare un' altra cosa, non già oltre a quella che è dovuta ma in sua vece; imperciocchè il pagamento fatto d'un'altra cosa invece di quella dovuta essendo valido quando il creditore vi acconsente, come noi lo vedremo *infra*, part. 3, n. 495, la convenzione di pagare una cosa diversa da quella dovuta deve parimenti esser valida. Quest' è quello che ci viene insegnato da Ulpiano: *An potest constitui aliud quam quod debetur quaesitum est? Sed cum jam placet rem pro re solvi posse, nihil prohibet et aliud pro debito constitui*; leg. 1, §. 5, ff. *d. tit.*

18. Questo patto di pagare una cosa diversa da quella dovuta, può farsi validamente non solo dal debitore ma anche da un terzo, il quale prometta di pagare quest' altra cosa pel debitore; poichè nell'istessa guisa che un terzo può validamente pagare pel debitore una cosa diversa da quella dovuta, quando il creditore vi acconsenta, può egli parimenti promettere validamente con questo patto di fare un tal pagamento.

In ciò un tal patto differisce dalla fidejussione; poichè un fidejussore, come noi l'abbiamo veduto *supra*, *n.* 368, non può validamente obbligarsi ad una cosa diversa da quella dovuta dal debitor principale: *In aliam rem quam quae credita est fidejussor obligari non potest*; leg. 42, ff. *de fidej.* La ragione della differenza si è, che una fidejussione è una semplice adesione del fidejussore all'obbligazione del debitor principale, per cui non può avere un oggetto diverso. Il patto al contrario *constitutae pecuniae* suppone bensì la preesistenza d'un debito, avendo per oggetto il pagamento di questo debito istesso, ma non è perciò una semplice adesione all'obbligazione principale: egli anzi può avere un' oggetto diverso da quello dell' obbligazione principale, poichè il pagamento del debito principale che forma l'oggetto di questo patto potendo farsi, purchè il creditore vi acconsenta con una cosa diversa da quella che è dovuta, si può con questo patto promettere di pagare una cosa diversa da quella che è dovuta; nel qual caso il patto ha un oggetto diverso da quello dell' obbliga-

zione principale. Un' altra prova che il patto *constitutae pecuniae* non è una semplice adesione all'obbligazione principale si è, che l'obbligazione nascente da questo patto sussiste qualche volta dopo che l' obbligazione principale è di già estinta, come noi lo vedremo nel seguente paragrafo.

19. Si può con questo patto obbligarsi a pagare in un modo diverso da quello stabilito nell' obbligazion principale; così, per esempio, si può con questo patto obbligarsi a pagare in un luogo diverso da quello stabilito nell' obbligazione principale: *Eum qui Ephesi promisit se soluturum si constituit alio loco se soluturum, teneri constat*; leg. 5, ff. *d. tit.*

Si può ancora con questo patto obbligarsi a pagare in un tempo più breve di quello stabilito nell' obbligazion principale: *Sed et si citeriore die constituat se soluturum similiter tenetur*; leg. 4, ff. *d. tit.*

Il patto *constitutae pecuniae*, con cui si promette di pagare entro ad un termine più breve, è valido, sia egli interposto dal debitore, sia interposto da un terzo che promette di pagare per lui, come ha be-

nissimo rimarcato Accursio nella sua glosa su di questa legge. (Quest'è allora una modificazione od un cangiamento fatto alla prima obbligazione, di concerto tra il debitore ed il creditore, od una obbligazione sostituita ad un altra.)

Ciò non è contrario al principio di diritto, che noi abbiamo riportato *supra*, n. 370: *Illud commune est in universis qui pro aliis obligantur, quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obbligari*; leg. 8, §. 7, ff. *de fidej.*; poichè questo principio ha luogo soltanto riguardo a quelli la di cui obbligazione non è che una pura adesione a quella del debitor principale, come sono i fidejussori. Ma l'obbligazione contratta col patto *constitutae pecuniae*, sebbene debba aver per oggetto il pagamento d' un' obbligazione preesistente, non è una pura adesione a quest' obbligazione, come noi abbiamo di già rimarcato; poichè si può con questo patto obbligarsi, come abbiamo veduto, a dare una cosa diversa da quella che è dovuta, purchè si prometta di darla in pagamento ed invece di quella che è dovuta.

Egualmente, purchè il patto non abbia altro oggetto che il pagamento del debito, può obbligarsi a questo pagamento più duramente di quello che si era obbligato il debitore coll'obbligazione principale, e per conseguenza anche ad effettuarlo entro ad un termine più breve. Accursio osserva benissimo su di questa legge, che colui il quale s'obbliga con questo patto, e che si chiama *reus constitutae pecuniae*, è in ciò diverso dal fidejussore.

Io non posso approvare l'opinione di Cujaccio, il quale, nel suo commentario su di Paolo *ad Ed.* relativamente a questa legge, riprende Accursio d'aver distinto il *reus constitutae pecuniae* dal fidejussore; ed il quale sostiene che il fidejussore può, al pari del *reus constitutae pecuniae*, obbligarsi a pagare entro ad un termine più breve di quello entro a cui si è obbligato a pagare il debitor principale, e che non si troverà legge alcuna la quale determini che non lo possa. Io rispondo essere bastante che le leggi dicano in generale che i fidejussori non possono obbligarsi *in duriorem causam*, acciocchè si possa concludere ch'essi non

possono obbligarsi a pagare in un termine più breve di quello entro al quale si obbligò di pagare il debitor principale; imperciocchè egli è chiaro, che la condizione di colui che è obbligato di pagare *hic et nunc* e senza termine alcuno, è più dura di quella di colui che ha un termine al pagamento; e si può dire con verità che egli si è obbligato a più, poichè il più s'estima *non solum quantitate*, ma DIE, *conditione*, *loco*, *etc.* Ma v'ha di più: la legge 16, §. 5, ff. *de fidej.* decide espressamente, che se qualcuno si è reso fidejussore, sotto ad una certa condizione, di un debitor principale che si era obbligato di pagare allo spirare d'un certo tempo, e che la condizione s'adempia prima dello spirare del termine, il fidejussore non sarà obbligato al pagamento. Non è questo un dire espressamente che il fidejussore non può esser obbligato a pagar senza termine, quando è stato accordato un termine al debitor principale?

20. La legge 8, ff. *de pec. const.*, ci fornisce un altro esempio del principio che si può col patto *constitutae pecuniae* obbligarsi in un modo diverso e più duro di quello

sta-

stabilito nell' obbligazion principale. Essa decide che io posso validamente convenire con questo patto, che si pagherà a me solo ciò che per l' obbligazion principale doveva pagarsi o a me o nelle mani di un' altra persona; il che non si potrebbe in una fidejussione mentre la condizione del fidejussore, il quale rimarrebbe privato della facoltà che ha il debitore di pagare nelle mani di un' altra persona, sarebbe più dura di quella del debitor principale; l. 34, ff. *de fidej.*

Cujaccio nell' istessa opera, *ad leg.* 10 *et* 13, dice che questa legge deve essere ristretta nel suo caso, cioè quando è il debitore istesso che promette di pagare a me solo ciò che era pagabile od a me o nelle mani di un' altra persona; e che un terzo non potrebbe far questo patto, perchè al pari d' un fidejussore egli non può obbligarsi *in duriorem causam.* Ma io credo al contrario, che un tal patto non essendo una pura adesione all'obbligazion principale, un terzo può con questo patto obbligarsi *in duriorem causam*, come noi l' abbiamo veduto più sopra.

21. Ci resta da osservare, che nei titoli nuovi rilasciati dagli eredi, e coi quali s'obbligano al pagamento di ciò ch' era dovuto dal defunto, essi possono bensì secondo i principj da noi riportati apporre per questo pagamento delle clausole diverse da quelle stabilite nel titolo primordiale; ma bisogna a quest'effetto ch'essi dichiarino, che intendono con ciò di fare un' innovazione al titolo primordiale; altrimenti tutto ciò che si trova in questi atti di diverso dallo stabilito nel titolo primordiale, si presume inserito per errore, e non è valido, presumendosi che l' intenzione di coloro che rilasciano questi atti è di riconoscere e di confermare lo stabilito nel titolo primordiale, e non d' innovarlo in alcun modo. Vedete *infra*, n. 744 (*Cod. civ. art.* 1337).

§. IV.

Dell' effetto del patto constitutae pecuniae, *e dell' obbligazione che ne nasce.*

Primo principio.

22. Il patto *constitutae pecuniae*, il quale ha per oggetto il pagamento di un'obbligazione preesistente, non rinchiude alcuna novazione; egli produce una nuova obbligazione che non estingue la prima, ma che vi accede.

Secondo principio.

Sebbene il patto *constitutae pecuniae* non estingua la prima obbligazione, vi apporta qualche volta alcuni cangiamenti o modificazioni; questo però secondo la sottigliazza dei principj del diritto romano non succedeva *ipso jure*, ma *per exceptionem*

Terzo principio.

Sebbene l' obbligazione che nasce dal patto *constitutae pecuniae* acceda alla prima obbligazione, non ne è però una pura adesione; essa sussiste da se stessa, ed anche continua a sussistere alcune volte dopo l'estinzione della prima.

Quarto principio.

Il pagamento di una di queste obbligazioni le estingue e le soddisfa ambedue.

23. Il primo dei nostri principj non ha bisogno di spiegazione.

Il secondo si rischiarerà con degli esempj.

Primo esempio.

Noi abbiamo veduto nell'articolo precedente, che si poteva col patto *constitutae pecuniae*, promettere di pagare invece della somma o della cosa dovuta, un'altra cosa diversa da quella dovuta. Supponiamo che il mio debitore d'una somma di trenta dop-

pie m' abbia promesso di darmi il giorno d'Ognissanti sei botti di vino in pagamento della somma di trenta doppie ch' egli mi deve; questo patto non distrugge in alcun modo la prima obbligazione. Io posso in virtù della prima obbligazione domandare al mio debitore le trenta doppie; e la mia domanda procede *ipso jure*. Ma siccome io ho convenuto col patto ch' egli potrebbe pagarmi invece di questa somma sei botti del vino che avrebbe raccolto, così egli può, *per exceptionem pacti*, offrendo le suddette sei botti di vino, domandare d'essere assolto dalla mia domanda delle trenta doppie. Per mezzo di questa eccezione che egli può oppormi, la sua prima obbligazione, ch' era un' obbligazione pura e semplice di pagarmi precisamente la somma di trenta doppie, riceve col patto una modificazione, e diventa un' obbligazion di trenta doppie, colla facoltà di pagare invece le sei botti di vino.

Il creditore, essendo creditore di trenta doppie in virtù della prima obbligazione, e creditore di sei botti di vino in virtù di quella che nasce dal patto *constitutae pe-*

cuniae, se gli sembra opportuno può intentare l'azione nascente dal patto, e domandare le sei botti di vino: ma se il debitore amasse meglio di pagare le trenta doppie, offrendo il pagamento di queste potrebbe far cessare la domanda delle sei botti di vino; poichè secondo il quarto dei nostri principj il pagamento delle trenta doppie, che soddisfa la prima obbligazione, le soddisfa ambedue.

Secondo esempio.

24. Se, essendo vostro debitore d'una somma pagabile a voi solo nel vostro domicilio, io v'ho promesso col patto *constitutae pecuniae* di pagarla nelle vostre mani od in quelle di un vostro corrispondente in un luogo meno lontano, questo patto apporta una modificazione alla mia obbligazione in mio favore, mentre essendo da prima io obbligato precisamente a pagare nelle vostre mani e nel luogo del vostro domicilio, acquisto con questo patto la facoltà di poter pagare nelle mani del vostro corrispondente, ed in un luogo a me più

comodo; il che però, secondo le sottigliezze del diritto romano, si faceva soltanto *per exceptionem. Si quis pecuniam constituerit tibi aut Titio; etsi stricto jure, priori* (1) *actione, pecuniae constitutae manet obligatus, etiam si Titio solverit, tamen per exceptionem adjuvatur.* L. 30 ff. *de pec. const.*

Terzo esempio.

25. Quando col patto *constitutae pecuniae* il mio debitore ha promesso di pagarmi entro ad un certo termine la somma ch' egli mi doveva senza termine alcuno o dentro ad un termine più beve, questo patto apporta una modificazione alla sua prima obbliga-

(1) Cujaccio ha sostituito questa parola *priori* alla parola *propria*, che non ha senso; e con questa correzione il senso del testo diventa chiaro. Sebbene il debitore che ha pagato nelle mani di Tizio rimanga sempre, *stricto jure*, debitore della prima obbligazione, la quale è pagabile soltanto nelle mani del creditore, pure questo pagamento lo libera *per exceptionem doli aut pacti*; poichè egli può opporre al creditore d' averlo fatto in virtù del permesso ch' egli stesso gli ha col patto accordato.

zione, e la rende pagabile entro al termine stabilito con questo patto; imperciocchè si reputa ch' io gli abbia accordato con questo patto il termine entro al quale egli ha promesso di pagarmi; il che deve rendermi inammissibile a domandargli il pagamento più presto, anche coll'azione nascente dalla prima obbligazione.

La cosa sarebbe altrimenti se fosse un terzo colui, il quale m'avesse promesso di pagare per voi entro ad un certo termine ciò che voi mi dovete senza termine alcuno, od entro ad un termine più breve. Questo patto non apporterebbe alcun cangiamento alla vostra obbligazione, e non m'impedirebbe di domandarvi, prima del termine stabilito in questo patto, ciò che voi mi dovete; poichè io non ho accordato a voi il termine stabilito con questo patto, nel quale voi non foste parte.

26. Vi sono però dei casi in cui voi potete approfittare indirettamente del patto, col quale un terzo ha promesso di pagare per voi; tale è il caso in cui uno abbia promesso di pagare per voi una certa somma, invece della cosa da voi dovuta. Con

questo patto, sebbene non ne siate parte, voi acquistate indirettamente la facoltà di liberarvi dalla vostra obbligazione col pagamento di questa somma; imperciocchè avendo ognuno il permesso di fare a nome del debitore il pagamento di ciò ch' è dovuto da un altro, quand'abbia un qualche interesse a fare questo pagamento, basta che voi abbiate interesse al pagamento della somma, che il terzo s' è obbligato di pagare, col patto *constitutae pecuniae*, invece della cosa da voi dovuta, perchè voi dobbiate esser ammesso a fare, a nome di questo terzo, il pagamento di una tal somma; e pagandola per questo terzo, e liberandolo dalla sua obbligazione, voi vi liberate parimenti dalla vostra, poichè secondo il quarto dei nostri principj, il pagamento d' una delle obbligazioni le estingue ambedue.

Per l'istessa ragione, se un terzo ha promesso con questo patto di pagare in un luogo diverso da quello in cui s' era obbligato di pagare il debitore; o se egli ha promesso di pagare al creditore o nelle mani d'un altra persona ciò che il debitore poteva pagare soltanto nelle mani del creditore

può il debitore approfitare indirettamente di questo patto, effettuando a nome di questo terzo il pagamento nel luogo, ove a lui è permesso col patto *constitutae pecuniae* di farlo, e nelle mani della persona alla quale è a lui permesso di pagare; ed effettuando un tal pagamento per questo terzo, voi vi liberate dalla vostra obbligazione, colla quale siete tenuto di pagare precisamente nelle mani del creditore, od in luogo diverso; poichè secondo il quarto dei nostri principj, il pagamento dell' obbligazione nascente dal patto *constitutae pecuniae* estingue la prima; et *vice versa*.

27. Noi abbiamo riportato varj esempj di cangiamenti e modificazioni che può ricevere la prima obbligazione col patto *constitutae pecuniae* a profitto del debitore; ma essa ne può ricevere parimenti a profitto del creditore.

Eccone un esempio. Quando colui che m' era debitore d' una somma pagabile a me, o nelle mani di un' altra persona, mi promette col patto *constitutae pecuniae* di pagarla a me solo; la prima obbligazione soffre con questo patto un cangiamento a

profitto del creditore, poichè invece d'essere un'obbligazione colla facoltà di pagare nelle mani di un'altra persona com'era da prima, diviene con questo patto un'obbligazione pagabile soltanto a me stesso. *Si (mihi aut Titio dare obligatus) postea quam soli mihi te soluturum constituisti, solveris Titio, nihilominus mihi teneberis*; L. 8, ff. *de const. pecun.*; poichè si reputa, che voi con questo patto abbiate rinunziato alla facoltà, che vi eravate riservata nella prima obbligazione, di pagare nelle mani di Tizio; per cui il pagamento che voi gli faceste non sarebbe valido.

La cosa sarebbe altrimenti se fosse un terzo colui che m'avesse promesso di farmi questo pagamento per voi; poichè questo patto, in cui voi non foste parte, non ha potuto togliervi la facoltà che avevate di pagare nelle mani di Tizio.

28. Ecco un caso in cui il patto *constitutae pecuniae* apporta dei cangiamenti alla prima obbligazione, tanto dalla parte del creditore quanto da quella del debitore. Questo caso è quando colui che m'era debitore di due cose sotto un'alternativa,

m'ha promesso di pagarmi determinatamente l'una delle due. Questo patto apporta per riguardo al creditore un cangiamento alla prima obbligazione in ciò, che d'alternativa ch'essa era, determinandola questo patto alla cosa che il debitore ha promesso di pagare, dà al creditore il diritto d'esigere determinatamente questa cosa, senza che il debitore possa avere da quel punto in avanti la scelta di pagar l'altra. Questo è quello che insegna Papiniano : *Illud aut illud debuit, et constituit alterum ; an vel alterum quod non constituit, solvere possit quaesitum est? Dixi, non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere* ; L. 25, ff. *d. tit.*

La prima obbligazione soffre parimenti in questo caso un cangiamento riguardo al debitore ; poichè essendosi con questo patto determinata l'obbligazione alla sola cosa che il debitore ha promesso di pagare, potrà il debitore ottenere la liberazione dalla sua obbligazione, col deperimento di questa cosa avvenuto senza sua colpa e prima che fosse costituito in mora ; mentre invece prima di questo patto, la sua obbligazione non avrebbe

potuto estinguersi che col deperimento di ambedue le cose.

29. Il nostro terzo principio che l'obbligazione nascente dal patto *constitutae pecuniae* non è una pura adesione alla prima, risulta abbastanza da ciò che noi abbiamo detto negli articoli precedenti; ed essa potrebbe avere un oggetto diverso, come quando si promette di pagare un'altra cosa invece di quella dovuta per la prima obbligazione.

Ciò risulta parimenti dal potersi contrarre questa obbligazione sotto condizioni più dure; come quando si promette di pagare entro ad un termine più corto di quello stabilito nella prima obbligazione; *supra n.* 18.

Ciò che prova ancora più evidentemente che l'obbligazione nascente dal patto *constitutae pecuniae* non è una semplice adesione all' obbligazione che si promette di pagare con questo patto, ma che sussiste da se stessa si è, che può continuare a sussistere dopo l'estinzione di questa prima obbligazione.

Tale è l'insegnamento d'Ulpiano: *Si quid*

debitum tunc fuit quum constitueretur, nunc non sit, nihilominus tenet constitutum; quia retrorsum se actio refert: proinde temporali actione obligatum, constituendo Celsus et Julianus teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se soluturum constituit, adhuc idem Julianus putat, quoniam eo tempore constituit quo erat obligatio licet in id tempus quo non tenebatur; L. 18, §. 1, ff. *de pec. const.*

La Glosa adduce per esempio di questa decisione il caso in cui un venditore avesse, con un patto *constitutae pecuniae*, promesso al compratore di pagargli una certa somma per la riparazione d'un vizio della cosa venduta, a cui era tenuto verso di lui *actione aestimatoria*. Secondo la decisione di questa legge, l'obbligazione nascente da questo patto di pagare una tal somma, dura anche dopo il tempo di sei mesi, pei quali dura l'azione *aestimatoria*; e si avrebbe potuto anche col patto fissare un giorno pel pagamento della somma che dovesse venire soltanto dopo lo spirare del termine dei sei mesi dall'azione *aestimatoria*.

(Secondo il Codice civile, la durata di quest' azione è regolata dall' uso del luogo ove la vendita è stata fatta. *Art.* 1648.)

Nell'esempio riportato dalla Glosa si può dire, che sebbene l' azione *aestimatoria* sia estinta collo spirare del tempo di sei mesi, resta però anche dopo questo tempo un' obbligazione naturale d' indennizzare il compratore, la quale può formare il soggetto del pagamento che il venditore ha promesso di fare col patto *constitutae pecuniae.*

Quid, se il debito pel di cui pagamento è intervenuto il patto *constitutae pecuniae*, e che esisteva al tempo di questo patto, fu estinto da poi altrimenti che con un pagamento reale o fittizio, in modo tale che non sussista più alcuna obbligazione nè naturale nè civile? L' obbligazione contratta col patto *constitutae pecuniae* pel pagamento di questo debito, continuerà a sussistere? Sì. Questo è quello che decide Paolo nella legge 19, §. 2, ff. *de pec. const.*, ove dice, che se un padre debitore verso il creditor di suo figlio della somma che si trovava allora nel peculio del figlio, ha

promesso con questo patto al creditore di pagargli una tal somma continua ad esserne debitore in virtù di questo patto, sebbene l'obbligazione *de peculio*, a cui era tenuto, ed in pagamento della quale ha promesso di pagare questa somma, sia estinta, quando non si trovi più nulla nel peculio del figlio: *Licet interierit peculium, non tamen liberatur.*

Eccone alcuni altri esempj più conformi ai nostri usi.

Finge. Io mi sono reso fidejussore verso di voi per Pietro d'una somma di mille lire ch' egli vi doveva, in guisa tale però che l'obbligazione della mia fidejussione dovesse durare soltanto due anni, a capo del qual tempo io ne sarei liberato. Prima dello spirare dei due anni, e per conseguenza mentre sussisteva la mia obbligazione, Giacomo ha promesso di pagarvi per me questa somma, fissando anche un termine al pagamento, il quale viene a cadere dopo i due anni. Giacomo, dopo spirati i due anni, sarà obbligato pel patto *constitutae pecuniae* di pagarvi? La ragione di dubitare nasce da ciò ch'essendomi obbli-

gato

gato soltanto in modo, che la mia obbligazione non durerebbe che due anni e che ne sarei liberato dopo questo tempo, non sussiste più in me debito alcuno, nè naturale nè civile, il quale possa servire di soggetto al pagamento ch'egli ha promesso di fare per me. Ma la ragione di decidere che l'obbligazione di Giacomo continua a sussistere, non ostante l'estinzione del mio debito in pagamento del quale ha promesso di darvi la somma di mille lire si è, che si deve giudicare dell'esistenza del debito pel pagamento del quale è stato interposto il patto *constitutae pecuniae*, nel tempo in cui questo patto è stato interposto. Se al tempo in cui è stato interposto io vi doveva realmente la somma di mille lire, in pagamento delle quali Giacomo ha promesso di pagarvi mille lire, il patto è stato interposto validamente, e Giacomo ha validamente contratta l'obbligazione di pagarvi questa somma. Nulla importa che dopo il mio debito sia stato estinto; quello ch'egli ha contratto sussiste ciò non ostante: *Si quid debitum tunc fuit quum constitueretur, nunc non sit, tenet constitutum*;

QUIA RETRORSUM SE ACTIO REFERT. Si obbieterà: egli si è obbligato a pagare il mio debito; egli non può più pagarlo quand'è estinto; la sua obbligazione adunque non può più sussistere; essa è ridotta a qualche cosa d'impossibile. Ma io rispondo che è bensì in pagamento del mio debito ch'egli si è obbligato di pagarvi mille lire, ed era necessario perciò che io allora ve le dovessi; ma dopo ch'egli ne ha contratta l'obbligazione, il pagamento che deve fare e che ha fatto di questa somma, è il pagamento del suo proprio debito, il quale soltanto indirettamente sarebbe anche il pagamento del mio, se sussistesse ancora.

Eccone un altro esempio. Un terzo si è obbligato a pagarvi per me trenta doppie, invece d'un certo cavallo che io vi doveva; sebbene dopo la mia obbligazione sia stata estinta colla morte del cavallo, quella di questo terzo deve sussistere.

Questo caso è ben diverso da quello d'una persona che fosse debitrice d'un certo cavallo, qualora non amasse piuttosto di darmi invece trenta doppie. In questo caso la morte del cavallo lo libera intieramente

dalla sua obbligazione, perchè in questo caso il solo cavallo è dovuto; e le trenta doppie non sono che *in facultate solutionis.* Ma nel nostro caso, il terzo era veramente debitore di trenta doppie; egli non era debitore anche del cavallo, ma lo era soltanto di questa somma, per cui la morte del cavallo che estingue la mia obbligazione non estingue la sua.

29. L' obbligazione che nasce dal patto *constitutae pecuniae* può bensì continuare dopo l'estinzione dell' obbligazion principale pel pagamento della quale il patto è stato interposto; ma bisogna perciò, come abbiamo diggià osservato, che sia stata estinta altrimenti che con un pagamento reale o fittizio; poichè secondo il quarto dei nostri principj il pagamento d'una delle due obbligazioni, o dell'obbligazion princicipale cioè, o di quella del patto, le estingue ambedue.

La ragione di questo quarto principio è evidente. Ciò che è promesso col patto *constitutae pecuniae*, essendo promesso in pagamento dell' obbligazion principale, questa promessa quand' è effettuata col pagamento

rinchiude un pagamento dell' obbligazion principale; il pagamento di ciò ch' è stato promesso col patto è dunque un pagamento di due obbligazioni e le estingue per conseguenza ambedue.

Vice versa, il pagamento dell' obbligazion principale estingue quella del patto, rendendo il creditore non ammissibile a domandarne il pagamento; poichè ciò che gli è stato promesso con questo patto, essendogli stato promesso ed essendogli dovuto soltanto per pagarlo dell' obbligazion principale, se dopo d' esser stato pagato d' altronde dell' obbligazion principale egli si facesse pagare ancora di ciò che gli è stato promesso col patto *constitutae pecuniae*, si farebbe pagare due volte dell' obbligazion principale, il che non è dalla buona fede permesso: *bona fides non patitur ut bis idem exigatur*; L. 17, ff. *de R. J.* Non si può farsi pagare due volte di uno stesso debito.

31. Questo principio che il pagamento di una delle due obbligazioni le estingue ambedue, è vero anche riguardo ai pagamenti fittizj, come sono la compensazione,

la novazione, ed anche la remissione. Il creditore acquistando colla compensazione di una somma eguale a quella da lui dovuta la liberazione di questa somma, si trova con questa liberazione pagato di ciò che a lui era dovuto: nel caso di novazione il creditore si trova pagato del debito di cui ha fatto novazione col nuovo debito contratto verso di lui; egli non può adunque in questi casi domandare d'esser pagato di ciò che gli è stato promesso col patto *constitutae pecuniae*, poichè questo sarebbe un domandare d'esser pagato due volte.

Succede lo stesso nel caso di remissione; poichè sebbene in questo caso egli non abbia ricevuto cosa alcuna, basta che con questa remissione egli siasi ritenuto come pagato dell'obbligazion principale, perchè non possa più essere ammissibile a domandare d'esserne pagato una seconda volta.

32. Il nostro principio, che il pagamento di una delle due obbligazioni le estingue ambedue, ha luogo quando ciò ch'è stato promesso col patto *constitutae pecuniae*, è stato promesso in pagamento di

tutto ciò ch' era dovuto per l'obbligazion principale. Quando s' ha promesso di pagarne una sola parte, il pagamento di ciò che è stato promesso col patto estingue l' obbligazion principale per questa parte soltanto. Se, per esempio, essendo vostro debitore di venti doppie, io ho promesso od un altro ha promesso di pagarne quindici entro ad un certo tempo, il pagamento delle quindici doppie promesse nel patto non estinguerà l'obbligazion principale che sino alla concorrenza di quindici doppie.

33. Ci resta ad osservare riguardo all'obbligazione *constitutae pecuniae*, che secondo la legge 16, ff. *de pec. const.*, quando due persone hanno promesso di pagare ciò che è dovuto da un terzo, ciascuna di esse ne è tenuta solidariamente; nel che rassomigliano ai fidejussori, *supra, n.* 415; ma esse hanno al pari dei fidejussori il benefizio di divisione quando sono solvibili; l. *fin.* Cod. *de pec. const.*

Haloandro ha creduto che quelli i quali hanno promesso col patto *constitutae pecuniae* di pagare ciò che è dovuto da un terzo, abbiano parimenti come i fidejussori il

benefizio d' escussione, quando sieno convenuti per aver mancato di pagare nel giorno stabilito, e che essi siano compresi nella disposizione della novella 4, cap. 2, sotto la parola di *constitutae pecuniae reus.*

§. V.

Del patto con cui si promette al creditore di dargli certe cauzioni.

34. E' una specie di patto *constitutae pecuniae* quello con cui si promette al creditore, non di pagarlo, ma di dargli entro ad un certo termine certe cauzioni come un pegno, un' ipoteca, un fidejussore: *Si quis constituerit se pignus daturum, debet hoc constitutum admitti*; l. 14, §. 1, ff. *de pec. const.*

L' effetto di un tal patto si è, che colui il quale ha con un tal patto promesso di dare certe cauzioni può, mancando di prestarle, essere astretto al pagamento del debito anche prima del termine entro cui si era obbligato a pagare; e se questo è una rendita, può esser costretto al rimborso del capitale.

35. Quello che ha promesso con questo patto di dare per fidejussore una certa persona, è liberato dalla sua obbligazione, se prima d'avervi soddisfatto e d'essere stato in mora a soddisfarvi, la persona che egli ha promesso di dare per fidejussore, viene a morire; *d. l.* 14. § 2. La ragione si è, che la sua obbligazione diventa impossibile colla morte di questa persona che non può più rendersi fidejussore.

La cosa sarebbe altrimenti se la persona che egli ha promesso di dare per fidejussore rifiutasse di subire la fidejussione: *Si nolit fidejubere, puto teneri eum qui constituit, nisi aliud actum est*; *d.* §. La ragione si è che acciò la mia obbligazione sia valida, basta che la fidejussione di questa persona da me promessa, sia un fatto possibile in se, sebbene non mi sia possibile, quando questa persona rifiuta di subire la fidejussione; è mia mancanza l'aver promesso ciò che non poteva mantenere. Questo è conforme ai principj stabiliti al *n.* 136.

FINE DEL VOLUME SECONDO.

INDICE

DI CIO' CHE CONTIENE QUESTO SECONDO VOLUME.

Fine dell' Indice.